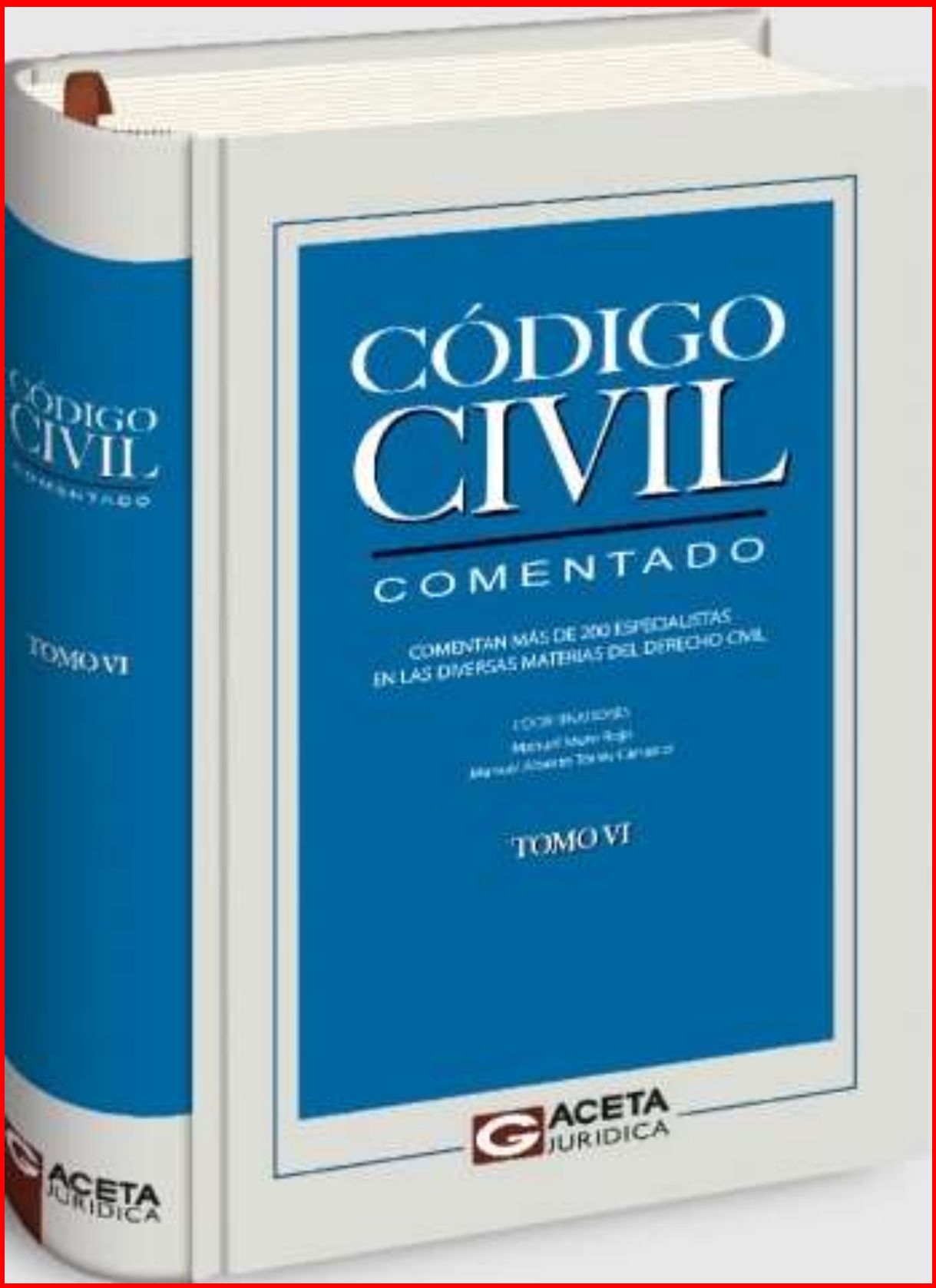

CÓDIGO CIVIL
COMENTADO
TOMO VI
ACETA JURIDICA
CÓDIGO CIVIL
COMENTADO
COMENTAN MÁS DE 200 ESPECIALISTAS EN LAS DIVERSAS MATERIAS DEL DERECHO CIVIL
TOMO VI
ACETA JURIDICA

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO

COMENTAN MÁS DE 200 ESPECIALISTAS
EN LAS DIVERSAS MATERIAS DEL DERECHO CIVIL

COORDINADORES
Manuel Muro Rojo
Manuel Alberto Torres Carrasco

TOMO VI
Artículos 1132 - 1350
Derecho de Obligaciones

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

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO

COMENTAN MÁS DE 200 ESPECIALISTAS
EN LAS DIVERSAS MATERIAS DEL DERECHO CIVIL

COORDINADORES
Manuel Muro Rojo
Manuel Alberto Torres Carrasco

TOMO VI

Artículos 1132 - 1350

Derecho de Obligaciones

GACETA JURIDICA

CÓDIGO CIVIL COMENTADO
Tomo VI

© Gaceta Jurídica S.A.

Coordinadores:
Manuel Muro Rojo
Manuel Alberto Torres Carrasco

Cuarta edición: julio 2020
2220 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2020-01570
ISBN Obra completa: 978-612-311-702-3
ISBN Tomo VI: 978-612-311-706-1
Registro de proyecto editorial
31501222000094

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

Diagramación de carátula: Carlos Hidalgo De la Cruz
Diagramación de interiores: Gabriela Córdova Torres

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

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Julio 2020
Publicado: julio 2020

AUTORES DE ESTE TOMO

(Según el orden de los comentarios)

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA
Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en ambas universidades. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

FELIPE OSTERLING PARODI
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la referida universidad. Presidió la comisión reformadora del Código Civil de 1984. Ex ministro de Justicia y ex senador de la República. Fue socio fundador del estudio Osterling Abogados.

MARIO CASTILLO FREYRE
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Civil y doctor en Derecho por la referida universidad. Profesor de Obligaciones de la PUCP, la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO
Abogado por la Universidad de San Martin de Porres (USMP). Estudios en Maestría en Derecho Empresarial en la Universidad de Lima y diploma de posgrado en Derecho Civil en la Universidad de Salamanca. Estudios de Doctorado en la Universidad de Sevilla (España). Defensor del Pueblo.

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor en dicha universidad y en la Academia de la Magistratura. Árbitro en controversias relacionadas a temas de contratación estatal y Derecho Civil.

JOSEPH MEJÍA GUEVARA
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y estudios de Arbitraje de Inversión en la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de los cursos de Contratos y Filosofía del Derecho en la Maestría de Derecho Civil y Comercial de la UNMSM.

CARLOS FLORES ALFARO
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Maestría en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Intendente de Registros de Cooperativas y Acciones Correctivas de la Superintendencia de Banca y Seguros.

MANUEL MURO ROJO
Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Estudios de posgrado en la Maestría de Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido profesor de Derecho Civil en la USMP y en la Universidad de Lima. Director legal de Gaceta Jurídica.

LUCERO CELESTE RAMÍREZ IZAGUIRRE
Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios concluidos en la Maestría de Derecho Civil y Comercial por la referida universidad. Abogada asociada en Rodríguez Angobaldo abogados.

ORESTE ROCA MENDOZA
Abogado y doctorando por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la UNMSM y en la Universidad de San Martín de Porres. Docente visitante de la Universidad Nacional de Huancavelica. Asesor legal del Gabinete de Asesores del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Doctor en Derecho por la referida universidad. Ha sido decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM. Socio principal del estudio Aníbal Torres.

LUIS BARDALES SIGUAS
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Becario de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios concluidos en la Maestría de Derecho Civil por la PUCP.

RICARDO GELDRES CAMPOS
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de Maestría en Derecho Civil en la referida universidad y de Maestría en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de docencia de Derecho Civil en la UNMSM. Asociado del Estudio DLA Piper Perú.

GIOVANNI PRIORI POSADA
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster por la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Profesor en la PUCP. Presidente del grupo de trabajo para la reforma del Código Procesal Civil peruano (2016-2017). Socio del estudio Miranda & Amado.

ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha sido profesor de la referida universidad y socio del Estudio Osterling. Gerente legal en Volcán Cía. Minera.

HUGO FORNO FLÓREZ
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho de los Contratos en la PUCP y en la Universidad del Pacífico. Árbitro del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, de la Cámara de Comercio Americana del Perú y de la PUCP. Socio del estudio Garrigues.

JUAN CARLOS GUTIÉRREZ AZABACHE
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Postítulo en Derecho Público en la referida universidad, Taller de Negociación en Cambridge International Consulting y Curso de Especialización en Manejo de las Relaciones Laborales en la Universidad ESAN. Director General de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

JORGE BELTRÁN PACHECO
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la referida universidad. Profesor en la PUCP.

MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de especialización en Contratación moderna y Responsabilidad Civil en las Universidades de Castilla La Mancha y Salamanca. Docente en la UNMSM y en la Universidad de Lima. Ha sido juez de la Corte Superior de Justicia de Lima y actualmente es fiscal superior civil.

CARLOS E. POLANCO GUTIÉRREZ
Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín (UNSA). Máster en Tutela Judicial de Derechos y Jurisdicción Contencioso Administrativa en la Universidad de Jaén, España. Doctor en Derecho por la UNSA. Magistrado del 7mo. Juzgado Especializado en lo Civil y coordinador del Módulo Corporativo Civil de Litigación Oral de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Profesor en la Universidad Católica Santa María de Arequipa.

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ
Abogada y doctora en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesora en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidenta del Tribunal Constitucional. Ex jueza supernumeraria especializada en lo civil de Lima.

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor universitario. Ha sido miembro de la Comisión Revisora del Código Civil, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y presidente de la Academia Peruana de Derecho. Socio del estudio Vidal, Quino & Polack.

MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO
Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Estudios de posgrado en la Maestría de Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Maestría de Derecho Civil de la USMP. Ha sido profesor de diversas universidades. Subdirector de *Gaceta Civil & Procesal Civil.*

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Abogado y doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Fue académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, así como presidente honorario de diversas Academias de Derecho en América Latina. Fue profesor y director del Centro de Investigación de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Casa de Trejo y del Centro de Investigación de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba.

RAÚL FERRERO COSTA
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Desarrollo Administrativo y Económico en la Universidad de Leeds, Inglaterra.

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Teoría del Estado y Derecho Constitucional General en la UNMSM. Socio emérito de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

FEDERICO MESINAS MONTERO

Abogado por la Universidad de San Martin de Porres (USMP). Egresado de la Maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha sido profesor de Derecho Civil en diversas universidades.

VLÁDIK ALDEA CORREA

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido docente de Buen Gobierno Corporativo y Derecho Monetario, Bancario y de Seguros en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Árbitro.

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magister en Derecho Administrativo y Doctor en Derecho. Estudios de especialización en Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca, España. Es profesor principal de la Facultad de Derecho y de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. También es profesor de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Doctorado). Vocal de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi. Socio fundador del Estudio Sparrow & Hundskopf y Villanueva, Abogados.

LUIS ALIAGA HUARIPATA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Profesor en dicha universidad y del posgrado de la Universidad de San Martín de Porres. Vocal del Tribunal Registral.

WALTER VÁSQUEZ REBAZA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Curso de Especialización en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado en Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU y Uría Abogados.

FRANCISCO ZEGARRA VALENCIA

Abogado por la Pontifica Universidad Católica del Perú. Título de segunda especialidad en Derecho Procesal y con estudios en Maestría de Derecho Procesal en la referida universidad. Asociado en Rodríguez Angobaldo abogados.

ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI

Abogado por la Universidad de Lima. Magister en Derecho Civil y Comercial, y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor en ambas universidades. Socio en Rodríguez Angobaldo abogados.

EVER A. MEDINA CABREJOS

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Estudios en la maestría de Derecho Civil de Pontificia Universidad Católica del Perú. Becario de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica.

RÓMULO MORALES HERVIAS

Abogado por la Universidad de Lima. Magíster por la Universidad di Roma "Tor Vergata". Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en la PUCP, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad ESAN, Universidad de San Martín de Porres (posgrado) y Universidad Científica del Sur.

MARTÍN HURTADO REYES

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Magíster en Derecho Civil y en Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en Derecho por la referida universidad. Profesor de la Maestría en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor principal de la Academia de la Magistratura y juez supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República.

GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Civil por la referida universidad. Estudios de investigación superior en la Università degli Studi di Bologna, Italia. Socio Fundador de Fernández & Vargas Abogados. Profesor de Derecho Civil en la PUCP. Presidente del Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano.

LEYSSER LEÓN HILARIO

Profesor y coordinador del Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento (Pisa). Miembro de la World Tort Law Society (Viena-Pekín) y del Grupo Iberoamericano para el Derecho de Daños (Talca-Madrid). Socio de la Associazione Italiana di Diritto Comparato y del Istituto Emilio Betti di Scienza e Teoria del Diritto nella Storia e nella Società (Téramo). Asociado internacional del Instituto Brasileño de Estudios sobre Responsabilidad Civil - IBERC (Belo Horizonte). Consultor de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU y Uría Abogados.

YURI VEGA MERE

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en la Universidad de San Martín de Porres. Especialización en Disciplinas Bancarias de la Facultad de Economía en Universita degli Studi di Siena, Italia (1993). Profesor honorario de la Universidad Católica Santa María. Socio senior del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera.

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha (España) y en Gerencia Social por la PUCP. Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide (España). Profesor en la PUCP.

CARLOS MISPIRETA GÁLVEZ

Abogado por la Universidad de Lima. Magister en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid y en Iniciación a la Investigación en Derecho del Comercio y Contratación por la Universidad Autónoma de Barcelona. Asesor senior en Global Perú Immigration & Law Services.

MARIO ZÚÑIGA PALOMINO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LLM, The George Washington University Law School. Líder de la práctica de Competencia y Mercados de EY Law. Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad de Lima.

LIBRO VI

DERECHO DE OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA
LAS OBLIGACIONES Y SUS MODALIDADES

TÍTULO I
OBLIGACIONES DE DAR

Principio de identidad en la obligación de dar bien cierto

Artículo 1132.- *El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor.*

Concordancias:
C.P.C. arts. 694 incs. 1), 704; LEY 26887 arts. 22, 23, 25, 26, 108

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. Las obligaciones: introducción

a) La importancia del intercambio de bienes y servicios en la sociedad moderna

Vivimos en un mundo donde los recursos son escasos y las necesidades del hombre son ilimitadas. La escasez puede ser definida como "la insuficiencia de los bienes y/o servicios disponibles para satisfacer todos los deseos y necesidades de los seres humanos"(1).

El hombre primitivo era autosuficiente y autárquico, debía producir por sí mismo lo suficiente para su propio consumo, como señala De Trazegnies: "dentro de sociedades más simples y primitivas, muchas de las necesidades pueden ser satisfechas a través de una economía de autoconsumo y, en ese caso, el hombre es bastante autárquico, es relativamente independiente de los demás hombres"(2).

El hombre moderno se concentra en la producción de un solo bien o quizá de unos cuantos bienes. El hecho de concentrarse en la producción de un solo bien o de unos cuantos bienes se denomina especialización.

Cada persona tiene diferentes habilidades. Lo que una persona realiza fácilmente, a otra le parece difícil, de acuerdo con Parkin, se dice que: "una persona tiene ventaja comparativa en la producción de un bien en particular si esa persona puede producir el bien a un costo de oportunidad menor que cualquier otra"(3).

Al especializarse en la producción de aquellos bienes y servicios en los que se tienen ventajas comparativas, se hace indispensable el intercambio de bienes y servicios entre las

(1) *Economía para todos.* Editorial Bruño e Instituto Apoyo. Lima, 1997, p. 58.
(2) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. En: XXXIII Conferencia Anual de Ejecutivos, CADE-95. "Perú empresa, hacia una sociedad para el crecimiento". IPAE, Cuzco 1-4 noviembre de 1995. En el mismo sentido: MUNDELL, Robert. *El hombre y la economía.* Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1972, p. 19.
(3) PARKIN, Michael. *Microeconomía.* Addison-Wesley Iberoamericana. Wilmington, 1995, p. 64.

personas. Si *Primus* tiene ventaja comparativa en la producción de maíz, dedicará todo su tiempo al cultivo del maíz. Si *Secundus* tiene ventaja comparativa en la producción de tela, dedicará su tiempo a la producción de tela. Obviamente, *Primus* y *Secundus* producirán más maíz y tela que si cada uno se preocupara de sus propias necesidades (produciendo cada uno algo de maíz y algo de tela). *Primus* y *Secundus* deberán intercambiar sus bienes para poder satisfacer sus mutuas necesidades respecto de los bienes que no producen.

Para la sociedad moderna el intercambio es fundamental. Como apunta De Trazegnies: "en la sociedad moderna las necesidades individuales se satisfacen a través del mercado y el mercado es inconcebible sin referencia al conjunto, sin referencia a la sociedad toda, porque no consiste en otra cosa que en un intercambio generalizado de bienes y servicios"(4). En otras palabras, en la sociedad moderna, cada individuo no produce directamente lo que consume sino que produce un bien o servicio que otros necesitan, para intercambiarlo por lo que él necesita.

En la sociedad moderna se establece una estructura basada en relaciones de intercambio, a través de las cuales se busca la satisfacción de las necesidades mediante la cooperación ajena. Esta operación económica, conocida inicialmente como trueque(5), supone el intercambio de una cosa por otra (el *"do ut des"* de los romanos), de cosas por servicios *("do ut facias")* e, incluso, el intercambio de servicios *("facio ut facias"* y *"facio ut des")*. Así, en nuestro ejemplo inicial, *Primus* coopera con *Secundus* proporcionándole maíz y, a su vez, *Secundus* coopera con *Primus* proporcionándole tela.

Una parte importante de la satisfacción de necesidades se efectúa mediante el mecanismo del mercado. En el mercado de bienes de consumo tiene lugar el cambio de mercancías, la prestación de servicios, etc. Debemos aclarar que mercado no solo es el conjunto de relaciones de intercambio, sino que también sirve para designar al bien o al servicio que se intercambia; así, se habla de mercado automotor, mercado de alimentos, etc.

De acuerdo con Pejovich: "una persona realiza un intercambio porque espera que los beneficios derivados de la adquisición de un bien superen al costo en términos de otras cosas que deben sacrificarse"(6). El beneficio derivado del intercambio es el aumento de la satisfacción que proporciona el derecho de usar el bien adquirido. El costo del intercambio es la satisfacción a la que debe renunciar la persona cuando adquiere un bien (costo de oportunidad). Así, por ejemplo, cuando alguien compra 2 kg. de arroz a un precio de S/. 2.00, renuncia a la satisfacción de otros bienes que podría comprar con esa misma cantidad de dinero. El intercambio supone una elección entre usos alternativos.

El intercambio, como aclara Pejovich, "no se deriva de la existencia de una excedente que alguna persona quiere eliminar, sino del hecho de que diversas personas piensan diferente acerca de bienes distintos"(7), diferentes personas valorizan los bienes de modo distinto y el intercambio traslada los bienes de usos menos apreciados a los más apreciados. Esto significa que, en virtud de la maximización de la extensión del intercambio, la transferencia

(4) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Ob. cit., p. 346.

(5) El trueque es un intercambio extremadamente complejo que supone costos de transacción altos. Ver al respecto BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Reflexiones en torno a la determinación del precio en el contrato de compraventa". En: *Contratos Mercantiles. Revista Peruana de Derecho de la Empresa.* Serie Derecho. Lima, 1995, p. 51 y ss.

(6) PEJOVICH, Svetozar. *Fundamentos de Economía. Un enfoque basado en los derechos de propiedad.* Fondo de Cultura Económica. México, 1985, p. 38.

(7) Ibídem, p. 39.

sólo se justifica si el bien es adquirido por quien más lo valoriza; es decir, por quien esté dispuesto a sacrificar más en términos de otros bienes. Cuando ello ocurre, cuando se asigna un bien a quien ofrece más los economistas dicen que tal bien se está utilizando eficientemente.

Debemos tener presente que cada una de las personas tiene una escala de preferencias. Continuamente las personas optan entre diversas actividades sobre la base de un orden de prioridades. Como señala Cachanosky: "las escalas de preferencias tienen las siguientes características: (1) difieren en cada individuo; (2) el orden de prioridades de cada persona varía con el paso del tiempo y el cambio de circunstancias; y (3) las necesidades que las componen son infinitas: el hombre siempre tendrá necesidades que satisfacer. A medida que satisface las que considera prioritarias pasa a atender las que considera menos urgentes. Cuando los ingresos reales aumentan empezamos a comprar bienes que continúan en orden de importancia dentro de la escala de preferencias"[8]. De tal manera que cuando un individuo transfiere un bien a cambio de otro, significa que el bien que recibe ocupa un lugar prioritario con relación al bien que entrega, con lo cual ambas partes mejoran su posición, alcanzando ambas el bienestar máximo, lo que quiere decir que ambos satisfacen sus necesidades asignando los bienes de manera eficiente.

Como se ha podido establecer en los párrafos anteriores, la necesidad es el presupuesto del intercambio; en otras palabras, los agentes económicos intercambian bienes y servicios porque tienen necesidades que deben ser satisfechas, por tanto, el intercambio es el vehículo para la satisfacción de las necesidades del individuo[9].

Dado que el intercambio es un método para la movilización de los recursos de usos menos apreciados a los más preciados, es imperativo proveer incentivos para la realización de intercambios.

b) Los riesgos del intercambio de bienes y servicios: el riesgo del incumplimiento. La "juridización" de las operaciones económicas

El intercambio puede ser simultáneo o realizarse a lo largo de un periodo de tiempo. Cuando no se realiza de manera simultánea, los agentes económicos "cooperan" en momentos diferentes; así, *Primus* tiene que entregar hoy 10 kg. de maíz, de su producción y esperar que *Secundus* le entregue 5 mts. de tela de su producción dentro de quince días. Este hecho, genera incertidumbre para quien debe cumplir en primer lugar, en la medida que existe el riesgo que el otro agente no cumpla con su parte después.

(8) CACHANOSKY, Juan. "Eficiencia económica y sistemas jurídicos". En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Francisco Marroquín. Año IV. N° 8. Segunda época, p. 23.

(9) Comúnmente se piensa que las relaciones de intercambio sólo están destinadas a satisfacer las necesidades materiales del hombre; es decir, las relaciones de intercambio sólo se limitarían a solucionar el problema de la escasez material. Sin embargo, ello significa adoptar una visión muy limitada de la escasez, pues, los hombres no sólo tienen necesidades materiales. Pensemos, por ejemplo, en el deseo de ser padre o madre y en los problemas de infertilidad. Obviamente, algunas personas no pueden tener hijos, ni siquiera con la ayuda de la tecnología actual. Si aceptamos que las relaciones de intercambio permiten la satisfacción de necesidades a través de la cooperación ajena, "estaríamos permitiendo que un recurso escaso (capacidad reproductora individual) sea transferida vía el mercado a personas que carecen de ella o que, teniéndola la pueden ejercer a muy alto costo" (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual". En: *Ius et Veritas*. Año V. N° 10, p. 57).

Como señalan Cooter y Ulen: "el paso del tiempo entre el intercambio de promesas y su cumplimiento crea incertidumbres y riesgos. Las incertidumbres y los riesgos crean obstáculos para el intercambio y la cooperación"(10).

La no simultaneidad concede a una de las partes una "ventaja estratégica. Al respecto Posner expone el siguiente ejemplo: "A desea vender su vaca. Hay dos postores, B y C. La vaca vale $ 50 para B y $ 100 para C (y sólo $ 30 para A), de modo que la eficiencia requiere que la vaca sea vendida a C y no a B. Pero B tiene $ 50 a la mano, mientras que C no puede obtener efectivo durante una semana. C promete pagar $ 75 al cabo de una semana, y supongamos que este premio de $ 25 compensaría plenamente a A por los costos, en caso de incumplimiento, de entablar un juicio por daños o de hacer que se le devuelva la vaca, descontados por el riesgo del incumplimiento (si la ley hace ejecutoria la promesa que C ha hecho a A). Sin embargo, si la ley no hace cumplir tales promesas, A podría decidir que, puesto que C podría no obtener el dinero y como B perdería su interés por la transacción, estará mejor vendiendo ahora la vaca a B. Si lo hace, la incapacidad de la ley para proveer un remedio si C no cumple su promesa habrá inducido a una mala asignación de recursos, desalentando un intercambio en el que se difiere el desempeño de una de las partes. (B podría revender la vaca a C más tarde, pero esto conllevaría un costo de transacción adicional)"(11).

De acuerdo con el ejemplo citado la inexistencia de mecanismos que permitan reducir el riesgo del incumplimiento implícito en una operación económica, llevaría a la frustración del intercambio o, en todo caso, el intercambio se llevará a cabo pero produciendo una asignación subóptima de recursos.

Como señala Santos Pastor: "la función primordial del Derecho de Contratos consiste, pues, en proporcionar un conjunto de reglas –y de mecanismos que garanticen el cumplimiento de esas reglas– que aseguren que los individuos realizan sus deseos en lo concerniente a un contrato, garantizando el cumplimiento de lo acordado, permitiendo de esta manera que el tráfico de bienes y servicios (de derechos) tenga lugar y que estos fluyan de las manos de quienes menos los valoren a quienes los valoren más, que no son otros que quienes estén dispuestos a pagar más por ellos"(12).

En tal sentido, el Estado, a través del Derecho Patrimonial, no hace sino reconocer la importancia del intercambio de bienes y servicios en la sociedad, proporcionando un conjunto de reglas que permitan que este se realice asignando de manera óptima los recursos. Así, Díez-Picazo considera al Derecho Patrimonial: "como aquella parte del Derecho Civil, que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre"(13). El Derecho de Contratos, dentro del cual ubicamos las normas del Libro de Obligaciones, se refiere, específicamente, a las operaciones que las personas realizan con los bienes económicos.

Para que una relación de intercambio se encuentre bajo el ámbito del Derecho la relación de intercambio debe cumplir una serie de requisitos impuestos por el Estado. En otras palabras, al Estado no le interesa proteger todas las relaciones de intercambio, sino sólo aquellas que reúnen los requisitos establecidos.

(10) COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México, 1998, p. 238.
(11) POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1998, p. 91.
(12) PASTOR, Santos. *Sistema Jurídico y Economía*. Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pp. 148-149.
(13) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 41.

En virtud del contrato[14] se constituyen relaciones de intercambio o también llamadas relaciones de cooperación; en virtud de aquel los agentes económicos se comprometen a cooperar entre sí proporcionando los recursos para la mutua satisfacción de sus necesidades. Así, Díez-Picazo define la relación obligatoria como: "la relación jurídica establecida entre dos o más personas dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes y servicios mediante la cooperación de otra o bien de intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación"[15]. Betti, por su lado, señala: "... en la relación de obligación el interés del titular del derecho está destinado a realizarse, por medio de un intermediario, a través de un comportamiento ajeno, de una actividad de cooperación"[16].

Entendemos la relación jurídica como toda relación de vida establecida entre dos o más personas (relación intersubjetiva) como vehículo para realizar determinados fines que son dignos de tutela por el ordenamiento jurídico. En este caso la relación jurídica está dirigida a permitir el intercambio de bienes y servicios; es decir, tiene una finalidad económica. A esta relación se le conoce como relación obligatoria.

Cuando una relación de intercambio o de cooperación adquiere "juridicidad" significa que los agentes podrán "exigirse" mutuamente el cumplimiento de lo prometido. Como señala Lázaro Carreter explicando el verbo "exigir": "... sólo puede exigir quien posee alguna fuerza para alcanzar su demanda"[17]. Esa fuerza supone la posibilidad de los agentes no sólo de pretenderse mutuamente el cumplimiento de lo debido (pretensión material), sino de recurrir a la tutela jurisdiccional (acción) para pretender el cumplimiento de lo debido (pretensión procesal). En otras palabras, el agente económico cuenta con la posibilidad de recurrir al sistema judicial para conseguir lo prometido.

Cuando el Estado hace cumplir las relaciones obligatorias genera incentivos para la cooperación eficiente, puesto que hace creíble un compromiso de cooperación; es decir, da credibilidad a un contrato.

Lo dicho significa que existen relaciones de intercambio que se producen en el subsistema económico pero no ingresan al subsistema jurídico, por cuanto al Estado no le interesa protegerlas.

Estas relaciones de intercambio "no juridizadas" no gozan de los remedios frente al incumplimiento establecidos por el Derecho, pero esto no significa que el intercambio de bienes y servicios no pueda realizarse en el "mundo fáctico".

En efecto, las relaciones de intercambio "no juridizadas" se contraen y se ejecutan en el "mundo fáctico" en base a otras reglas o códigos de conducta. Esto explica, por ejemplo, el por qué si bien es ilegal la comercialización de droga y por tanto las partes no pueden valerse de los remedios frente al incumplimiento, tales operaciones económicas se llevan a cabo en el "mundo fáctico".

(14) Díez-Picazo distingue las fuentes de las relaciones obligatorias de la siguiente manera: 1) la autonomía privada o poder del individuo de constituir sus propias relaciones jurídicas (aquí encontramos al contrato), y 2) el poder heterónomo, la soberanía del Estado creando relaciones jurídicas entre particulares. El Libro de Obligaciones se aplica a toda relación obligatoria independientemente de su fuente.

(15) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., volumen I, p. 391.

(16) BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969, p. 10.

(17) LAZARO CARRETER, Fernando. "Recepcionar, aperturar un detrimento". En: *El Dominical*. Diario El Comercio, Lima, 8 de setiembre de 1996, p. 14.

Ello significa que el intercambio es posible sin Derecho de Contratos, dentro del cual ubicamos el Libro de las Obligaciones, pero su número e importancia se reduce a aquellas operaciones económicas en las que exista confianza mutua entre los agentes económicos; es decir, "contrato con él porque lo conozco y como lo conozco confío en él"[18]. Obviamente, sería ideal que los intercambios se basaran en reglas de comportamiento o códigos de conducta que hagan que la gente cumpla con la palabra empeñada, los costos de transacción se reducirían considerablemente, como nos dice Douglass North: "en la medida en que tengamos altos estándares éticos y normas de comportamiento adecuadas, la mayoría de los contratos requerirán solamente un apretón de manos o un asentimiento con la cabeza"[19].

La decisión respecto de qué relaciones de intercambio gozan de los remedios frente al incumplimiento y cuáles no, es una decisión exclusiva del Estado. No obstante, el Estado, normalmente no toma en cuenta los efectos que genera su decisión de no "juridizar" determinadas relaciones de intercambio. El Estado olvida que si bien la prohibición impide el "ingreso" de la relación de intercambio al "mundo jurídico", el intercambio se lleva a cabo en el "mundo fáctico con determinadas consecuencias"[20].

2. La relación obligatoria y la función del Derecho de Obligaciones

La relación obligatoria es una relación jurídica intersubjetiva de contenido patrimonial. La relación obligatoria constituye un cauce para que las personas puedan realizar entre ellas actividades de cooperación social. Más concretamente se trata de aquella colaboración o cooperación social que se lleva a cabo mediante el intercambio de bienes y servicios de naturaleza económica.

El intercambio es importante desde el punto de vista económico, puesto que permite que los bienes y servicios fluyan de las manos de quienes menos los valoren a quienes los valoren más.

En tal sentido el Derecho, a través del Derecho de Obligaciones (y de manera más amplia el Derecho de Contratos), tiene como función asegurar que estos intercambios se realicen.

La función primordial del Derecho de Obligaciones consiste en proporcionar un conjunto de reglas y de mecanismos que garanticen el cumplimiento de esas reglas que aseguren el intercambio.

Esta función se realiza por medio de dos tareas: a) reduciendo los costos de transacción; y b) asegurando el cumplimiento.

a) **Reducción de los costos de transacción.-** Esta función se realiza de diversas maneras:

- Reduciendo las complicaciones y complejidades innecesarias, que no serían sino costes adicionales que dificultan el intercambio.

(18) Ver al respecto BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "La creación de una cultura de mercado en el Perú". En: *Importancia de las instituciones en el desarrollo de una economía de mercado*. Apoyo. Lima, 1996, p. 31 y ss.

(19) NORTH, Douglass. "Douglass C. North: respuesta a Alberto Bustamante Belaunde". En: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, editado por el Fondo de Cultura Económica. Preparado para la visita del profesor Douglass North al Perú, junio 1995, p. 75.

(20) Ver al respecto SALAZAR BUSTAMANTE, Federico. "Breve propuesta para descriminalizar el proxenetismo". En: *Ius et Veritas*, N° 4; NORTH, Douglass y LEROY MILLER, Roger. *El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etcétera*. Fondo de Cultura Económica. México, 1971.

- Suministrando reglas de aplicación para el caso de contingencias no previstas por las partes (normas supletorias).

b) **Asegurar el cumplimiento.-** El Derecho de Obligaciones tiene como objeto el cumplimiento de las relaciones obligatorias, puesto que de lo contrario se estaría disuadiendo el intercambio. Se asegura el cumplimiento proporcionando remedios para el caso de lesiones al crédito.

3. Comentario al artículo 1132 del Código Civil

El despliegue de la plena eficacia solutoria y satisfactiva del acto de pago exige la concurrencia de una serie de requisitos que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y lugar. Desde el punto de vista del objeto, son requisitos del pago: 1) la identidad; 2) la indivisibilidad y 3) la integridad.

Si bien el artículo 1132 está dentro de las relaciones obligatorias con prestación de dar, debe tenerse en cuenta que el principio de identidad comprende cualquier tipo de prestación.

La prestación es el programa material o jurídico que el deudor debe realizar y a lo cual el acreedor tiene derecho. La prestación consiste, según el contenido que ella asuma, en:

1.- El desarrollo de una actividad (comportamientos); o,

2.- La obtención de resultados, que no son necesariamente el producto de su comportamiento.

Tradicionalmente se ha adoptado una clasificación tripartita de la prestación, clasificación que es adoptada por el Código Civil peruano, en tal sentido, la prestación puede ser de dar, hacer o no hacer. Actualmente, sin embargo, esta clasificación es discutida en la doctrina, pues la prestación entendida como obtención de un resultado no encuadra dentro de este esquema.

Las relaciones obligatorias con prestación de dar son aquellas que tienen como finalidad la transferencia de la titularidad de una situación jurídica o la entrega de un bien.

La prestación de dar comprende el bien previsto por las partes: el bien debido. La relación obligatoria con prestación de dar se ejecuta mediante la adquisición de la posición (y además puede implicar la transferencia de la titularidad). En tal sentido la posesión se adquiere mediante la tradición conforme se establece en el artículo 901 del Código Civil. Así, la relación obligatoria se entiende cumplida mediante la entrega del bien debido.

La relación obligatoria con prestación de dar se clasifica de la siguiente manera:

1.- De dar bien cierto (prestaciones de dar específicas).

2.- De dar bien incierto (prestaciones de dar genéricas).

3.- De dar dinero (obligaciones pecuniarias).

Las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto son aquellas en las cuales el bien debido ha sido especificado en su identidad (ejemplo: *Primus* se obliga frente a *Secundus* a entregar el automóvil Toyota Yaris, con placa Nº AB-1359).

Cada bien tiene una identidad propia, es decir una propia realidad individual que lo distingue de los otros bienes.

La identificación es el acto de verificación de la identidad del bien, ella procede en base a varios criterios, referidos a señas materiales o jurídicas (nombres, límites, etc.).

El principal elemento de identificación de los inmuebles son los límites. Cuando se trata de una unidad inmobiliaria resultante de la división de un inmueble más amplio, es necesario hacer referencia a las medidas, a representaciones gráficas, a confines naturales. También puede ser usado el nombre, por ejemplo en las concesiones mineras.

Las relaciones obligatorias con prestación de dar bien incierto son aquellas en que el bien debido ha sido designado según la pertenencia a una género, es decir a una categoría de bienes (ejemplo, *Primus* se obliga frente a *Secundus* a entregar un automóvil Toyota Yaris).

El Código Civil regula las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto en los artículos 1132, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1139 y 1140. Las relaciones obligatorias con prestación de dar bien incierto están reguladas entre los artículos 1142 al 1147.

El bien debido es el bien que el deudor debe entregar al acreedor en propiedad o en goce. El principio de identidad comprende:

1.- El deudor de obligaciones genéricas (bienes inciertos no fungibles) debe entregar los bienes teniendo en cuenta la calidad (artículo 1143).

2.- La integridad material o ausencia de vicios. El vicio es una imperfección material que incide en el valor o en la utilidad del bien.

3.- El bien debe tener las cualidades esenciales para el uso al cual está destinado. Cualidades esenciales de los bienes son los atributos de materia, estructura y medida que hacen a los bienes normalmente adecuados a su función; al lado de las cualidades de los bienes que resultan debidos en base al título negocial.

4.- Integridad jurídica, es decir, los bienes deben ser jurídicamente íntegros, vale decir, libres de otros derechos que limiten la titularidad o la disponibilidad.

DOCTRINA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Reflexiones en torno a la determinación del precio en el contrato de compraventa. En Contratos Mercantiles. Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Serie Derecho. Lima, 1995; BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Vol. II. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo III. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual. En Ius et Veritas, Año V, N° 10; BULLARD GONZALEZ, Alfredo. La creación de una cultura de mercado en el Perú. En Importancia de las instituciones en el desarrollo de una economía de mercado. Apoyo, Lima, 1996; CACHANOSKY, Juan. Eficiencia económica y sistemas jurídicos. En Revista de la Facultad de Derecho, Año IV, N° 8, segunda época. Universidad Francisco Marroquín; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica, México, 1998; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. En XXXIII Conferencia Anual de Ejecutivos, CADE 95. Perú empresa, hacia una sociedad para el crecimiento. IPAE, Cuzco, 1-4 de noviembre de 1995; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoleón, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Libraires. París, 1870; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen I, 2ª edición. Tecnos, Madrid, 1986; DURANTON. Cours de Droit Civil Suivant le Code Francais, Tomo X. Bruselas, 1841; LAURENT, Francois. Principes de Droit Civil Francais, Tomo XVI. Livrairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LAZARO CARRETER, Fernando. Recepcionar, aperturar un detrimento. En El Dominical. Diario El Comercio. Lima, 8 de setiembre de 1996;

LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. 1. WG Editor EIRL, Lima, 1992; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A, 4ª edición. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1983; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; MUNDELL, Robert. El hombre y la economía. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1972; NORTH, Douglass. Douglass C. North: respuesta a Alberto Bustamante Belaunde. En: Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. Editado por el Fondo de Cultura Económica. Preparado para la visita del profesor Douglass North al Perú en junio de 1995, p. 75; NORTH, Douglass y LEROY MILLER, Roger. El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etcétera. Fondo de Cultura Económica, México, 1971; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001; PARKIN, Michael. Microeconomía. Addison-Wesley Iberoamericana S.A., Wilmington, 1995; PASTOR, Santos. Sistema jurídico y economía. Tecnos, Madrid, 1989; PEJOVICH, Svetozar. Fundamentos de Economía. Un enfoque basado en los derechos de propiedad. Fondo de Cultura Económica, México, 1985; POSNER, Richard. El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica, México, 1998; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, 3ª edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f; SALAZAR BUSTAMANTE, Federico. Breve propuesta para descriminalizar el proxenetismo. En Ius et Veritas N° 4; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Diferencia entre derecho personal o de crédito y derecho real de garantía

En el derecho personal o de crédito la obligación determina a una persona que mediante un acto de cumplimiento entregue una cosa (determinada o indeterminada) al acreedor, en el derecho real limitado sucede lo contrario: existe una cosa efectivamente determinada que señala como sujeto pasivo de la relación a quien sea su propietario ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 23).***

La obligación de dar en el mandato ejecutivo comprende la entrega del bien

El contenido concreto del mandato ejecutivo varía según la pretensión específica; sin embargo, contiene tres partes: i) Intimación o Requerimiento: Mediante esta el órgano jurisdiccional formula un acto conminatorio por el cual requiere al ejecutado a fin de que cumpla con la prestación contenida en el título (...); en la obligación de dar será la entrega del bien (art. 705 del CPC) ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 34).***

Las obligaciones de dar bienes ciertos pueden asegurarse mediante hipoteca

De acuerdo al requisito de que la hipoteca asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable, debe tenerse presente que en nuestra legislación todas las obligaciones pueden asegurarse con hipoteca, tanto las de dar bienes ciertos o sumas de dinero, como lo indica el artículo 1133 del Código Civil (...) ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 41).***

CORTE SUPREMA

Obligación de dar bien cierto consiste en la entrega de un bien determinado

Habiéndose establecido que entre la parte demandante y la demandada existe un lazo o vínculo reconocido por el derecho, en que existe una parte deudora y otra acreedora, este último no puede ser obligado a recibir otra distinta aunque sea de mayor valor, entendiéndose según la doctrina que la obligación de dar un bien cierto es aquella que consiste fundamentalmente en la entrega de un bien determinado, es decir, cuando el sujeto está identificado en su individualidad, al tiempo de constituirse la obligación, lo que se debe es un "corpus determinado, que el acreedor y el deudor conocen desde el origen de la relación obligacional y porque el incumplimiento del deudor devenga el interés legal que fija el Banco Central de Reserva, desde el día en que el deudor incurra en mora ***(Cas. N° 1180-2003-Lima).***

Existencia física del bien impide configuración de imposibilidad física del objeto negocial

Concedido el recurso de casación a fojas trescientos, fue declarado procedente por resolución de esta Sala del tres de julio último por la causal del inciso primero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, esto es, por la aplicación indebida del inciso tercero del artículo doscientos diecinueve del Código Civil, pues en el presente caso no se ha configurado la causal de imposibilidad física o jurídica del objeto del acto jurídico dado que el inmueble materia de compraventa es un bien cierto que existe físicamente y cuya venta era jurídicamente posible por cuanto se trata de un bien que está dentro del comercio y que además ha sido vendido por la persona que en ese momento era su propietaria ***(Cas. N° 1370-2001-Lambayeque).***

Deber de información sobre conjunto de bienes ciertos

Artículo 1133.- ***El obligado a dar un conjunto de bienes ciertos informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor.***

Concordancias:
C.P.C. arts. 1132, 1134

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

El bien debe ser entregado en el estado en el que se encuentre al momento de contraerse la obligación. Pesa sobre el deudor un deber de información sobre el estado del bien durante toda la vigencia de la relación obligatoria. Se trata de un deber accesorio del deudor; "son maneras de colaboración orientadas a hacer posible y efectiva la prestación"(1). No obstante, es un deber que alcanza a cualquier obligación con prestación de dar bien cierto y no exclusivamente, como parece desprenderse del artículo 1133, a las obligaciones de dar "un conjunto" de bienes ciertos.

Por otro lado, si bien es cierto el artículo 1133 establece que el deber de informar surge a solicitud del acreedor, somos de la opinión que, de acuerdo con el principio de la buena fe, el deudor estaría obligado a informar al acreedor, aun si no le fueron solicitadas, todas aquellas circunstancias relevantes para la ejecución de la prestación que, por ejemplo, permitan al acreedor evitar un daño.

El deber de informar en las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto, se presenta tanto antes de contraer la relación obligatoria como una vez constituida, pero antes de la entrega.

Antes de contraer la relación obligatoria (relaciones obligatorias de fuente autónoma) juegan un papel esencial los deberes de información "básicos para la formación de una voluntad negocial libre y responsable; así se dice (desde un punto de vista muy general y por ello sujeto después necesariamente a múltiples precisiones) que, mientras se negocia, cada una de las partes está obligada a comunicar a la otra las circunstancias de que tenga (o debiera tener) conocimiento y que, de ser conocidas por la otra parte, la llevarían a no contratar o a no hacerlo en los mismos términos, siempre y cuando la ignorancia de esta última esté justificada"(2). Tratándose de una relación obligatoria con prestación de dar el posible deudor deberá informar al posible acreedor sobre el estado y cualidades del bien.

Esta obligación de informar del posible deudor encuentra su razón en un desequilibrio de conocimientos (asimetría informativa) entre las partes, en tal sentido, quien está en posesión de la cosa, está en mejor situación de conocer el estado en el cual se encuentra.

Pero como señala Llobet I Aguado "esta obligación de información debe ponerse en relación con la diligencia empleada por el acreedor de la información"(3), esto significa que el adquirente debe observar una determinada diligencia dirigida a que sus intereses no se vean perjudicados; esta diligencia se manifiesta en solicitar a la otra parte la información necesaria con relación al bien y en la propia inspección del bien, "si omite esta carga de informarse,

(1) OSSOLA, Federico y VALLESPINOS, Gustavo. *La obligación de informar.* Advocatus. Córdoba, 2001, p. 112.
(2) GÓMEZ CALLE, Esther. *Los deberes precontractuales de información.* La Ley. Madrid, 1994, p. 11.
(3) LLOBET I AGUADO, Josep. *El deber de información en la formación de los contratos.* Marcial Pons. Madrid, 1996, p. 44.

incurrirá en negligencia, por lo que después no podrá alegar su propio desconocimiento de tal o cual punto sobre el cual tuvo la posibilidad de informarse"[4].

La misma obligación de informar como la carga de informarse, existe una vez contraída la relación obligatoria con prestación de dar y mientras no se efectúe la entrega del bien.

DOCTRINA

GOMEZ CALLE, Esther. Los deberes precontractuales de información. La Ley, Madrid, 1994; LLOBET I AGUADO, Josep. El deber de información en la formación de los contratos. Marcial Pons, Madrid, 1996; OSSOLA, Federico y VALLESPINOS, Gustavo. La obligación de informar. Advocatus, Córdoba, 2001; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.

(4) LLOBET I AGUADO, Josep. Ob. cit., p. 110.

Alcances de la obligación de dar bien cierto

Artículo 1134.- ***La obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega.***

El bien debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Concordancias:
C.C. arts. 888, 889, 1141, 1550, 1678

Luciano Barchi Velaochaga

Como bien señala Salvat, las relaciones obligatorias con prestación de dar engendran dos obligaciones a cargo del deudor: 1) la obligación de conservar la cosa, o mejor dicho, de velar por su conservación, para poder entregarla al acreedor cuando llegue el momento; 2) la obligación de entregarla[1].

Se desprende del artículo citado que el deudor de una prestación de dar bien cierto soporta el deber de una diligente conservación de la cosa debida, desde el momento en que se constituye la obligación hasta el momento en que el bien se entrega. Queda claro que esta obligación de conservación subsiste, incluso, si esta no constituye la obligación principal de la relación, tal como ocurre, por ejemplo, en el contrato de depósito, conforme al artículo 1814 del Código Civil.

El deber de conservar la cosa comprende el realizar todos aquellos actos que son necesarios para mantenerla en buen estado y para preservarla de daños y desperfectos.

Actuar con diligencia y prudencia para evitar daños tiene un costo: el costo de precaución o de prevención. En tal sentido, la conservación del bien supone incurrir en costos de precaución o de prevención. Debe advertirse, sin embargo, que si bien de acuerdo con el artículo 1134 del Código Civil, el deber de conservación concierne al deudor, los costos que se generan no necesariamente corresponden a este, como se verá en el artículo 1141.

El Código Civil peruano no establece el grado de diligencia que debe observar en la conservación y custodia del bien debido, como si ocurre con el Código Civil español que la establece "en torno al canon objetivo de diligencia media, a través del estándar normal del 'buen padre de familia'"[2].

El segundo párrafo del artículo 1134 establece que el bien debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. Debe entenderse que la prestación de dar el bien debido comprende los accesorios, aunque no hayan sido mencionados en el negocio constitutivo de la relación obligatoria, tal como lo señala el Código Civil español en el artículo 1907.

En efecto, como señalan Cazeaux y Trigo Represas, comentando el Código Civil argentino, "la obligación de dar comprende no solo las cosas objeto de la misma, sino todos sus accesorios, aunque en los títulos no se mencionen, o aunque momentáneamente hayan sido

(1) SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general.* 3ª. edición. Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires, 1935, p. 141.

(2) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial.* Volumen I. 2ª edición. Tecnos. Madrid, 1986, p. 452. El Código Civil japonés en el artículo 400 habla de "la diligencia de un buen administrador".

separados de ellas. En principio, pues, se debe entregar la cosa y sus accesorios"[3]. Se aplica aquí el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Este precepto debe concordarse con el artículo 888 del Código Civil, el cual establece que "son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien (...)". La conexión funcional debe subsistir entre el bien accesorio y el bien principal, en el sentido de que el primero incremente la utilidad o el ornamento del segundo.

DOCTRINA

BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar, Buenos Aires, 1951; CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Librería Editora Platense, La Plata, 1986; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen I, 2ª edición. Tecnos, Madrid, 1986; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentarios Didácticos. Direito das Obrigacoes. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general, 3ª edición. Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1935.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La custodia implica la conservación del bien a efectos de que no se torne inapto para el consumo

Por la naturaleza del producto este debía ser almacenado aislado de cualquier otro producto que podría ser contaminado por la mercadería de la demandante, en modo alguno constituye un hecho extraordinario, pues lo ordinario es que se tome precauciones para la conservación adecuada del producto que se encuentra en depósito, ya que para eso se contrata el servicio; tampoco es imprevisible, porque desde el momento en que se acordó el depósito, la codemandada pudo prever que los ajos frescos requerían de condiciones especiales para su conservación, pues los bulbos podían germinar –como en efecto sucedió– llegando a ser inaptos para el consumo humano; tampoco es irresistible, pues nada obstaculizaba que la depositaria cumpla su obligación de custodia adoptando el cuidado necesario para la conservación del bien que recibió voluntariamente en depósito, no obstante manifestar que no tenía espacio, más aún, si se trataba de un producto perecible. Por lo tanto, de lo expuesto no se advierte en el caso de autos un supuesto de eximente de responsabilidad previsto en el artículo 1315 del Código Civil. Por estas razones, encontrándose adecuadamente interpretada la citada norma material por la Sala de mérito, la causal de casación prevista en el inciso 1 de artículo 386 del Código Procesal Civil es infundada (Cas. N° 3477-2002-Callao).

Conservación del bien como rasgo distintivo del contrato de depósito

Debe considerarse que el depósito surge como una actividad tendiente a obtener seguridad y defensa en la custodia y conservación de los bienes; tiene antecedentes remotos, pero su definición conceptual se produce en Roma y con los caracteres propios de los contratos reales, esto es, perfeccionados con la entrega del bien. Así se ha mantenido a través de los siglos y solo en la época contemporánea ha surgido la tendencia de que pueda ser consensual, tal como acontece en nuestro Código Civil, sus características jurídicas más saltantes son: a) contrato principal o autónomo; b) su objetivo fundamental es la custodia, conservación y restitución del bien depositado; c) Su temporalidad, pues es de su esencia que el bien sea devuelto; d) en principio es gratuito, pero puede convenirse el pago de una retribución al depositario; e) es de una sola prestación, desde que la entrega no viene a ser sino el comienzo de la ejecución del contrato y lo fundamental consiste en la custodia, conservación y restitución por parte del depositario; f) es conmutativo, ya que parte de hechos ciertos y anticipadamente se prevén sus efectos y resultados; y g) *está sujeto a la libertad de forma (Cas. N° 1740-2003-Lima).*

(3) CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. *Compendio de Derecho de las Obligaciones.* Tomo I. Librería Editora Platense. La Plata, 1986, pp. 485-486.

Concurrencia de acreedores de un bien inmueble

Artículo 1135.- ***Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.***

Concordancias:
C.C. arts. 885, 1136, 1630, 1670, 2014

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

Los artículos 1135 y 1136 se refieren al supuesto denominado "concurrencia de acreedores" en el cual un mismo deudor se obliga a entregar a diferentes acreedores, en virtud de títulos distintos, el mismo bien. Dichas normas se refieren a obligaciones con prestación de dar cualquiera que sea su fuente o función.

Producida la concurrencia de acreedores, debe determinarse cuál es el acreedor que debe ser preferido en la entrega. No obstante, como señala Hernández Gazzo: "Consideramos que las normas de concurrencia de acreedores no solo determinan a quién se debe preferir en la entrega, sino que, fundamentalmente, buscan establecer a quién se debe preferir para asignarle el goce exclusivo del derecho reclamado sobre el bien objeto de la concurrencia"[1].

En tal sentido, debemos distinguir entre relevancia externa y oponibilidad de los contratos[2].

El contrato tiende a crear, modificar o extinguir posiciones jurídicas que, si bien no inciden en la esfera jurídica de los terceros, deben ser respetadas por la generalidad de personas según el principio de respeto de los derechos ajenos.

En general, el contrato es por sí mismo relevante en relación a los terceros. El ordenamiento legal no prevé particulares requisitos de relevancia externa del contrato. Por tanto, cualquiera puede hacer valer frente a terceros o frente a las partes, un derecho que tiene como causa un determinado contrato. Solo basta probar la existencia del contrato.

La eficacia se manifiesta particularmente como oponibilidad del contrato de enajenación en relación con los terceros que ostentan posiciones jurídicas en conflicto con aquellas del adquirente, es decir, posiciones jurídicas en todo o en parte incompatibles con la adquisición contractual.

Oponibilidad del contrato quiere decir prevalencia del título contractual de adquisición sobre el título ostentado por el tercero. Se reconoce que el contrato de enajenación puede determinar tres hipótesis de conflicto: 1) conflictos con los terceros titulares; 2) conflicto con los terceros *aventi causa;* y 3) conflictos con los acreedores del enajenante.

1) Conflicto con los terceros titulares. Los contratos de enajenación tienen por objeto una adquisición derivativa, es decir, una adquisición que presupone que la anterior

(1) HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. "Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores". En: *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año IV, N° 7, p. 187.

(2) Ver al respecto, BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 3 Il Contratto.* Giuffrè. Milano, 1998, pp. 541 y ss.

pertenencia del derecho entra en conflicto con la posición del tercero titular (ejemplo: el enajenante vende un bien robado).

2) Conflicto con los *aventi* causa. Se determina cuando el titular enajena sucesivamente a más personas el mismo derecho (ejemplo: concurrencia de acreedores).

3) Conflicto con los terceros acreedores. Terceros acreedores son aquellos que tienen un derecho de crédito en relación con una de las partes. La enajenación de un derecho interesa a los acreedores del enajenante, pues ella sustrae de su patrimonio un bien que es parte de la garantía patrimonial de los acreedores. La enajenación puede disminuir la garantía patrimonial de los acreedores del enajenante.

La oponibilidad del contrato expresa la tutela del adquirente y responde a la general exigencia de seguridad de la circulación jurídica. Quien adquiere un derecho sin fraude debe estar seguro de su adquisición; es decir, que otros no tengan sobre el bien un derecho prevaleciente frente al cual su adquisición deba ceder en todo o en parte.

La incertidumbre sobre la oponibilidad de la adquisición se traduce en incertidumbre sobre la adquisición misma, y por tanto mayor es el riesgo de que el bien pueda ser reivindicado por terceros o sujeto a procedimientos ejecutivos por deudas del enajenante, tanto mayor es la garantía que el enajenante debe ofrecer si quiere vender el bien. La alternativa es la depreciación del bien mismo.

La solución del conflicto entre adquirentes, terceros titulares y acreedores no podría ser apropiadamente confiada al principio de la prevalencia del título precedente en el tiempo *(prior in tempore potior in iure).*

La incondicionada aplicación de tal principio salvaguardaría a los terceros titulares pero afectaría la exigencia de seguridad del comercio jurídico exponiendo al adquirente a todas las pretensiones fundadas sobre títulos anteriores.

Los criterios de oponibilidad son los siguientes:

1) Cuando se trata de bienes inmatriculados: la inscripción en Registros Públicos;

2) Cuando se trata de bienes no inmatriculados: la posesión; y,

3) Cuando no hay posesión: *prior in tempore potior in iure.*

La norma ideal debería decir:

> "Si el bien fuera reclamado por diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, se prefiere:
>
> 1) Al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción;
>
> 2) Al acreedor de buena fe que ha empezado a poseerlo. Si ninguno ha empezado a poseerlo;
>
> 3) Al acreedor de buena fe cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta".

El Código Civil distingue según se trate de bien inmueble o de bien mueble. El primer caso está regulado en el artículo 1135 y el segundo en el artículo 1136.

En la concurrencia de acreedores de un bien mueble será preferido:

1) El acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito;

2) En defecto de inscripción, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título conste de documento de fecha cierta más antigua.

3) Si los títulos no constan en documento de fecha cierta, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título sea de fecha anterior.

El requisito de la buena fe significa que el acreedor desconoce que el deudor se ha obligado a entregar, previamente, el mismo bien a otro sujeto.

Fecha cierta es la precisión en el tiempo que, atendiendo a particulares circunstancias, no sea susceptible de presentar duda alguna. La fecha es la del documento (título en sentido formal) y no la del acto en aquel documento (título en sentido material).

Ejemplos de documentos de fecha cierta:

1) El documento público (artículo 235 del Código Procesal Civil). Es documento público (en el acto público, la fecha es la constatación de un hecho por parte de un funcionario público o de un notario):

   a) El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y,

   b) La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia.

   c) Todo aquel al que las leyes especiales le otorguen dicha condición.

2) El documento privado presentado en un proceso judicial. La fecha de presentación de dicho documento es la fecha cierta.

DOCTRINA

BIANCA, Massimo. Diritto Civile, 3, *Il* Contratto. Giuffré, Milano, 1998; CORNEJO, Angel Gustavo. Código Civil. Explicación sistemática y comentario. Lima, 1937; FERNANDEZ CRUZ, Gastón. La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles. En: Derecho. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 41, Lima, 1987; FERNANDEZ CRUZ, Gastón. El papel de la buena fe en la transferencia de la propiedad inmueble (concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble). Tesis. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1984; HENNINGS, Allan. La concurrencia de acreedores en las obligaciones con prestación de dar bienes ciertos. Tesis. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; HERNANDEZ GAZZO, Juan Luis. Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores. En: Ius et Veritas, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año IV, N° 7, Lima, 1993; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. 1. WG Editor EIRL, Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Preferencia en el concurso de acreedores

El artículo 1135 de la norma sustantiva se refiere al supuesto denominado "concurrencia de acreedores" en el cual un mismo deudor se obliga a entregar a diferentes acreedores, en virtud de títulos distintos, el mismo bien. Producida la concurrencia de acreedores, debe determinarse cuál es el acreedor que debe ser preferido. 2. En la concurrencia de acreedores de un bien inmueble será preferido: a) El acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito; b) En defecto de inscripción, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título conste de documento de fecha cierta más antigua; y, c) Si los títulos no

constan en documento de fecha cierta, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título sea de fecha anterior (Cas. N° 3805-2015-Lima Este).

El artículo 1135 establece la prelación entre los acreedores, siempre que se haya actuado de buena fe

{E}l artículo 1135 del Código Civil (...) se utiliza cuando se presenta el supuesto denominado "concurrencia de acreedores", esto es, cuando un mismo deudor se obliga a entregar a diferentes acreedores, en virtud de títulos distintos, el mismo bien inmueble. En efecto, el artículo 1135 establece una prelación en los acreedores, siempre que hayan actuado de buena fe, otorgando prioridad de la siguiente manera: 1. el acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito, esto es, se aplica el principio de prioridad registral regulado en el artículo 2016 del Código Civil; 2. en defecto de inscripción, tiene prioridad el acreedor de buena fe cuyo título sea de fecha anterior, prefiriéndose el título que conste en documento de fecha cierta más antigua (Cas. N° 3467-2012-Lima).

No se puede desamparar al verdadero propietario bajo la aplicación de la concurrencia de acreedores

{S}obre la infracción normativa al artículo 1135 del Código Civil, se debe señalar que la sentencia de vista hace un desarrollo sobre la pertinencia de la aplicación de la citada disposición normativa, determinando en el considerando undécimo que dicho artículo en puridad no sería de aplicación al caso de autos por cuanto prevé la concurrencia de un deudor para la concurrencia de acreedores de un bien inmueble, no obstante ello, refiere que en virtud a dicha norma lo que se pretende es hacer prevalecer el principio del "primer derecho es mejor derecho", por lo que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil que dispone que en caso de vacío se deberá recurrir a los principios generales del derecho, es que recoge el principio contenido en el artículo 1135 para concluir que no se puede dejar sin protección jurídica al titular originario del derecho de propiedad del bien sublitis, esto es, a la demandante Municipalidad Distrital de La Punta, quien tiene su derecho reconocido por inscripción de su título con anterioridad al de los demandados. En ese sentido quedan desestimados los agravios expuestos en la presente causal, pues los Jueces de la Sala Superior han hecho uso de las facultades previstas en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil con la finalidad de resolver la controversia en base a la aplicación de un principio general del derecho, lo cual no implica la aplicación de una determinada norma, sino el ejercicio de un derecho (Cas. N° 3565-2012-Callao).

Requisitos para la aplicación de la concurrencia de acreedores de bien inmueble

La norma material contenida en el artículo 1135 del Código Civil cuya infracción se denuncia, está referida a la "concurrencia de acreedores" de un mismo bien inmueble, en el que un mismo acreedor se obliga a entregar en virtud a títulos distintos. Este problema es solucionado por la norma estableciendo prevalencia en función a dos requisitos: 1) la buena fe y 2) la prioridad registral; y en caso que el bien no haya sido inscrito en función a la prioridad en el tiempo acreditada con título de fecha cierta. Por lo que advirtiéndose de autos que el bien sublitis se encuentra registrado, primero corresponde analizar si efectivamente ambas partes son acreedoras del mismo bien, para luego determinar si es de la aplicación el primer supuesto establecido en el referido artículo, esto es, determinar la buena fe y la prioridad registral; y descartada la concurrencia de dichos requisitos, analizar cuál es el título que consta en documento de fecha cierta más antigua (Cas. N° 192-2015-Lima).

La fórmula de la concurrencia de acreedores es una disposición perteneciente al Derecho Registral y no al Derecho común

{I}nterpretando correctamente el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, en él se regula lo relativo a la oposición de derechos de diferente naturaleza sobre el mismo inmueble (embargo en forma de inscripción del Banco demandado frente al derecho de propiedad del demandante). En ese sentido, con la precisión que se trata de la oposición de dos derechos de diferente naturaleza, para resolver el conflicto se debe aplicar las reglas del Derecho común; ello genera una particularidad, pues al establecerse que son dos derechos de distinta naturaleza, y al no ser aplicable el primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil, el conflicto se resuelve "como si el Derecho Registral para esos efectos no existiera" (...); siendo así, para la interpretación de las reglas del Derecho común, no puede ser tomado en cuenta el artículo 1135 del Código Civil en la parte que establece que, cuando el bien es un inmueble y concurren diversos acreedores, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título haya sido primeramente inscrito, pues en ese caso a través de un argumento de tipo circular se volvería a las disposiciones de los Registros Públicos, para analizar qué título se inscribió primero, que es justamente lo que no busca el segundo párrafo del artículo 2022 del Código glosado (Cas. N° 1776-2009-Lambayeque).

La concurrencia de acreedores no genera de por sí la nulidad del acto de transferencia

Si bien es verdad, la sola obligación de enajenar hace propietario del bien (artículo 949 del Código Civil), no es menos verdad que el legislador se ha puesto en el caso que existan concurrencia de acreedores (artículo 1135 del Código Civil) o que existan derechos reales en conflicto (artículo 2022 del Código Civil), lo que supone la posibilidad que un bien pueda ser transferido más de una vez. 3. Esa anomalía en las transferencias, sin duda genera una situación irregular, pero por sí

misma no ocasiona la nulidad del segundo negocio jurídico, como parece suponer la sentencia de primera instancia y confirma la recurrida, pues debe examinarse si existió o no buena fe en la transferencia, más aún si el acto jurídico se encuentra registrado. 4. En esa perspectiva, cuando se analiza si existe objeto jurídicamente imposible, lo que hay que verificar es si la prestación (esto es, el comportamiento exigido) es posible efectuarla en el contexto general del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta también las normas de concurrencia de acreedores o registrales que aquí se han reseñado. Lo mismo puede decirse en torno a la nulidad por infracción a las normas de orden público **(Cas. N° 3951-2014-Arequipa).**

La concurrencia de acreedores ayuda a determinar al verdadero propietario

Que, encontrándonos ante un proceso que versa sobre mejor derecho de propiedad corresponde precisar que en este tipo de procesos nos encontramos ante dos o más propietarios que acreditan derechos sobre un mismo bien, por lo que es tarea del órgano jurisdiccional establecer cuál de los propietarios detenta un derecho preferente y oponible a los demás, lo que importa en el fondo desconocer el derecho de propiedad de este último aunque haya sido válidamente adquirido en aras de dar solución al conflicto de intereses que se presenta; dicho de otro modo, dicha acción supone la existencia de dos derechos sobre un mismo bien, los mismos que se sustentan en títulos y documentos de los cuales solo uno determinará el mejor derecho por antigüedad, rango o inscripción registral. La norma contenida en el artículo 1135 del Código Civil está referida a la "concurrencia de acreedores" de un mismo bien inmueble, en el que un mismo acreedor se obliga a entregar el bien en virtud a los títulos distintos, solucionando el conflicto estableciendo prevalencia en función a dos requisitos: 1) la buena fe y 2) la prioridad registral; y en caso el bien no haya sido inscrito en función a la prioridad en el tiempo acreditada con título de fecha cierta **(Cas. N° 2887-2011-Cusco).**

No se aplica el artículo 1135 para resolver casos sobre tercerías de propiedad

Con relación al artículo 1135 del Código Sustantivo, esta norma prescribe que cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. (...) El artículo 1135 del Código Sustantivo (...) precisamente (...) regula los supuestos de concurrencia de acreedores, que en este caso no se da, puesto que por un lado, existe un nuevo titular del bien, que es la actora tercerista, siendo que es su derecho real el que no corre inscrito en los Registros Públicos, sin que ello no signifique que no sea la titular del bien; por otro lado, el Banco recurrente posee una anotación de embargo, en forma de inscripción, en los Registros Públicos, para respaldar las obligaciones que le tiene el deudor codemandado. (...) Se debe reparar que la actora compró el bien, según minuta, de fecha 7 de julio de 1999 y lo elevó a escritura pública el 12 de julio de 1999; en cambio, el Banco recurrente tenía con su deudor un proceso judicial, y es en esas circunstancias que el deudor, a sabiendas del proceso con el Banco recurrente, transmite la propiedad de su bien, con lo que se evidencia el actuar manifiestamente irregular de este. Pero ello no ocurre, respecto de la posición de la parte actora, puesto que la fecha de su adquisición es previa a la anotación del embargo, siendo que la escritura pública data de la misma fecha que se presentó el parte judicial, no siendo hasta el día 13 de julio de 1999 que se declara inscrito el aludido título. Siendo esto así, la actora no tenía mecanismo registral, al momento de la celebración de su escritura pública, para saber que el acto jurídico que estaba realizando, estaba siendo objeto de otro proceso judicial; aun así el acto jurídico de compraventa es de fecha anterior y la adquiriente no tendría por qué verse perjudicada por el actuar doloso del deudor al Banco recurrente, si no existen pruebas de un actuar en conjunto, entre la actora y el deudor, para perjudicar al Banco **(Cas. N° 528-2006-Junín).**

La buena fe es un requisito necesario para la aplicación del artículo 1135

{E}l principio de prioridad registral contenido en el artículo 2016 del Código Civil, según Roca Sastre "es aquel en cuya virtud el acto registral que primeramente en el Registro de la propiedad se antepone con preferencia excluyente o con superioridad de rango a cualquier acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiese aún ingresado en el Registro, aunque fuese de fecha anterior". Sin embargo, tratándose de concurrencia de acreedores respecto a bienes inmuebles como en el caso de autos, la norma citada debe interpretarse sistemáticamente con la norma del artículo 1135 del Código Civil, en cuanto dispone que se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. En el caso sub examine las instancias han determinado que si bien la inscripción del derecho del ahora recurrente y su hermana respecto del bien sublitis es anterior a la del demandante, también han determinado que tal inscripción no es de buena fe, por cuanto es de presumirse que tal recurrente y su hermana, en su condición de hijos de la codemandada, conocían que el bien sublitis ya había sido transferido con anterioridad al demandante, además del presumible conocimiento de los diversos procesos judiciales existentes entre las mismas partes. Por tal razón, han preferido (siempre de conformidad con lo estipulado por la norma en comentario) el título de fecha cierta más antiguo, que corresponde al demandante **(Cas. N° 3464-2013-Lima Norte).**

No puede aplicarse el concurso de acreedores de bien inmueble cuando concurre el beneficiado con una medida cautelar sobre el bien sublitis

Al ser la medida cautelar un proceso de aseguramiento de la pretensión y no una forma de acreencia o de disputa de la titularidad del bien, esta tiene una naturaleza diferente al de la transferencia de propiedad; siendo inverosímil aplicar el artículo 1135 del Código Civil, que regula la concurrencia de acreedores, calidad que no puede asumir el ejecutante de la medida de embargo, pues existen dos títulos de naturaleza distinta, por lo que pretender otorgarle una naturaleza compatible con la disputa de propietarios a una medida de aseguramiento es distorsionar el artículo 949 del Código Civil (Cas. N° 784-2013-Cajamarca).

Con la concurrencia de acreedores no se puede resolver un conflicto sobre mejor derecho de propiedad

La declaración de "mejor derecho de propiedad" desarrollada por la jurisprudencia nacional y concebida como acción real e imprescriptible a pesar de no estar prevista como tal en nuestro ordenamiento jurídico no da lugar a la cancelación del asiento registral de quien aparece como propietario del bien siendo no obstante frecuentemente opuesta al propietario registral no poseedor por el poseedor no propietario cuando el primero con derecho inscrito demanda la reivindicación del bien de su propiedad o, incoada como pretensión principal cuando un mismo bien ha sido transferido a dos o más personas a fin de que se determine cuál de los títulos prevalece sustentada en la supuesta existencia de dos propietarios sobre un mismo bien lo cual como anteriormente se ha expuesto transgrede los alcances que nuestro ordenamiento legal regula. (...) {E}n el presente caso que se ha determinado bajo la interpretación errónea del artículo 1135 del Código Civil que el emplazado ostenta un "mejor derecho de propiedad" que la parte demandante (...), no obstante que la aplicación de la norma en mención resulta impertinente al caso concreto pues la misma está orientada a regular los actos jurídicos que contienen obligaciones de dar en el caso de concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y no las situaciones que atañen a los derechos reales como en el caso de autos las cuales se encuentran reguladas en los artículos 923 y siguientes así como en el artículo 2014 del Código Civil y en los artículos 2 numeral 16 y 70 de la Constitución (Cas. N° 3312-2013-Junín).

Requisitos para la procedencia de la concurrencia de acreedores

Que, en lo atinente a la infracción del artículo 1135 del Código Civil que prescribe que "cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito (...)"; debe anotarse que para la subsunción de los hechos a la norma se requiere que concurran dos situaciones: a) diversidad de acreedores con un mismo deudor; y, b) un acreedor de buena fe cuyo título haya sido primeramente inscrito no requiriéndose analizar la falta de inscripción ni el documento de fecha cierta por cuanto en el presente caso ya se ha determinado la inscripción de la propiedad de la recurrente en Registros Públicos, es decir, al ostentar la recurrente y los emplazados títulos de propiedad otorgados por un mismo acreedor, se configuraría la primera situación, no ocurriendo lo mismo con el segundo supuesto, pues la buena fe (registral) y la inscripción deben darse en forma conjunta, es decir, se determinará si existió o no buena fe si en los registros aparece con antelación la titularidad de quien se encuentre facultado para transferirlo, por ende, al advertirse en el presente caso que el predio adquirido por la accionante ha sido inscrito (inmatriculado) por primera vez a su nombre en la Partida N° 11071785 del Registro de Predios con fecha seis de noviembre del dos mil seis, mal puede alegar la buena fe prevista en la norma antes glosada debiendo, por tanto, desestimarse esta denuncia (Cas. N° 2619-2012-Cajamarca).

La concurrencia de acreedor se aplica sin importar el título de adquisición

{E}l artículo 1135 del Código Civil se refiere a la concurrencia de acreedores sobre un bien inmueble y el ejercicio del derecho preferente y exclusivo de uno de ellos con exclusión de los demás, supuesto que se desarrolla y enmarca dentro del campo de las obligaciones de dar. (...) Cuando la norma antes citada hace referencia a la relación "deudor-acreedor", la hace para definir propiamente una relación en que una parte se obliga a entregar un mismo bien a diversas personas, generando en estas el derecho a exigir su entrega, sin importar la naturaleza del título por el cual se obliga, por lo que no necesariamente –como en el caso de autos– un contrato de compraventa de un inmueble puede generar un derecho prioritario y excluyente respecto de un título por el cual la misma persona se obligó a transferir el mismo bien por testamento a sus herederos. Distinto sería el caso, por ejemplo, si se tratara de herederos declarados judicialmente por sucesión intestada, pues en este supuesto no existe una declaración expresa de la causante mediante la cual se obligue a entregar a dichos herederos determinados inmuebles de la masa hereditaria, sino solo la declaración judicial de ser heredero de los derechos, y obligaciones que corresponderían al causante, y propiamente una continuación de la personalidad del finado, en cuyo caso no opera lo normado en el artículo 1135 del Código Civil (Cas. N° 3272-2007-Lima).

Puede emplearse la concurrencia de acreedores para resolver casos sobre mejor derecho de propiedad

Que, el proceso de mejor derecho de propiedad, supone la concurrencia opuesta de dos titulares de un derecho real sobre el mismo inmueble, quienes buscarán ser declarados propietarios, para lo cual deberán acreditar preferencia, en un primer caso, respecto del documento privado de fecha cierta más antiguo, y en un segundo caso, respecto de la inscripción

registral que prime en el tiempo, supuestos regulados por los artículos 1135 y 2022 primer párrafo del Código Civil (Cas. N° 2685-2011-Lima Norte).

Corresponde aplicar la concurrencia de acreedores para determinar al exclusivo propietario

[E]l título de propiedad de la parte demandante se encuentra inscrito en los Registros Públicos (...). Este título mantiene su validez mientras no sea rectificado judicialmente. Por otro lado, los demandados no tienen el derecho que alegan, inscrito en los Registros Públicos. Del carácter absoluto del derecho de propiedad deriva su signo de exclusividad, puesto que siendo un derecho que otorga las mayores facultades posibles sobre un mismo bien, no puede haber dos títulos contrapuestos que las otorguen. En suma, que de haberse aplicado en autos el artículo 1135 ab initio del Código Civil, otro hubiera sido el sentido de la decisión, máxime que sin ninguna motivación no se valora el título de propiedad de la parte demandante. En efecto, este precepto legal establece que cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fue cuyo título ha sido primeramente inscrito (Cas. N° 1773-2005-Santa).

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL

Deber del juez de compulsar los títulos de dominio

*En un proceso de reivindicación, el juez puede analizar y evaluar el título del demandante y el invocado por el demandado para definir la reivindicación (**Pleno Jurisdiccional Nacional Civil 2008 Lima. Acuerdo 1, tema 2).***

PLENO JURISDICCIONAL REGIONAL

Mejor derecho de propiedad en juicio de reivindicación

*Sí es posible que el juez en un proceso de reivindicación pueda pronunciarse por el mejor derecho de propiedad, aun cuando no haya sido propuesta esta pretensión, vía reconvención, siempre y cuando haya sido fijada como punto controvertido pero sin incluir en la parte resolutiva declaración expresa sobre el mejor derecho de propiedad **(Pleno Jurisdiccional Regional Civil 2008 Lima. Acuerdo 2, tema 5).***

PLENOS JURISDICCIONALES DISTRITALES

Cuando demandado acredite su propiedad en juicio de reivindicación juez debe pronunciarse sobre mejor derecho de propiedad

*En el proceso de reivindicación, el juez debe pronunciarse sobre el mejor derecho de propiedad cuando el demandado acredite su propiedad respecto del predio materia de litis. Condicionando a que se fije el mejor derecho de propiedad como punto controvertido **(Pleno Jurisdiccional Distrital Civil, Familia 2011 Apurímac. Acuerdo 2, tema 2).***

Juez puede analizar el mejor derecho de propiedad en procesos de reivindicación

*Sí se puede analizar y resolver en un proceso de reivindicación uno de mejor derecho de propiedad no obstante no haber sido demandado con las limitaciones que se han señalado; que no se haya demandado pero que sí se haya propuesto por el demandado como argumento de defensa, se haya fijado como punto controvertido y que no se resuelva en el fallo sino en la parte considerativa **(Pleno Jurisdiccional Distrital Civil 2007 Junín. Acuerdo 1, tema 1).***

Mejor derecho de propiedad puede ser dilucidado en reivindicación si es considerado como punto controvertido

*Se acordó que sí es procedente resolver el mejor derecho de propiedad dentro de un proceso de reivindicación cuando el demandado al absolver la demanda se opone presentando su título de propiedad, obligando al demandante a pronunciarse sobre este hecho nuevo, y al juez a fijar como punto controvertido en la audiencia respectiva: "determinar el mejor derecho de propiedad", punto controvertido que deberá ser materia de debate probatorio y posterior pronunciamiento por parte del juez al momento de expedir sentencia; a fin de no vulnerar el principio de congruencia procesal previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil y privilegiar de ese modo los principios de economía y celeridad procesal regulados en el artículo V del Título Preliminar del Código antes glosado, así como los principios registrales contenidos en el libro X del Código Civil; logrando de ese modo tanto la finalidad concreta como abstracta del proceso civil, que son resolver el conflicto de intereses con paz social en justicia **(Pleno Jurisdiccional Distrital Civil 2007 La Libertad. Acuerdo 3, tema 3).***

Concurrencia de acreedores de un bien mueble

Artículo 1136.- ***Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.***

Concordancias:
C.C. arts. 886, 900, 901, 902, 1135, 1630, 1670, 2014

Luciano Barchi Velaochaga

Como ya se mencionó al comentar el artículo 1135 del Código Civil, este y el artículo 1136 resuelven el conflicto que se genera entre acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregar el mismo bien. Este conflicto se resuelve estableciendo los criterios de oponibilidad. El artículo 1135 se refiere a la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble y el 1136 sobre un mismo bien mueble.

Cuando se da una concurrencia de acreedores sobre bien mueble será preferido:

1. El acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición del bien, aunque su título sea de fecha posterior.
2. Si el deudor no hizo tradición del bien, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título conste de documento de fecha cierta más antigua.
3. Si los títulos no constan de documento de fecha cierta, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título sea de fecha anterior.

El criterio utilizado para resolver el problema de concurrencia es la clásica distinción entre bienes muebles e inmuebles. Esto genera problemas cuando se trata de bienes muebles inmatriculados en Registros Públicos (artículo 2043 del Código Civil)[1], donde cabe preguntarse ¿la posesión prevalece sobre el Registro?

Veamos un ejemplo. *Primus* vende a *Secundus* el automóvil X el cual es entregado. Posteriormente *Primus* vende el mismo automóvil a *Tertius*, transferencia que es inscrita en el Registro Vehicular ¿cuál de los derechos prevalecerá? ¿El de *Secundus* o el de *Tertius*?

Si aplicáramos el artículo 1136, en la medida que se trata de un bien mueble, tendríamos que el derecho de *Secundus* prevalecerá sobre el de *Tertius*, es decir, que prevalecerá la posesión sobre el Registro, lo que resulta técnicamente absurdo.

Veamos ahora un caso distinto. *Primus* vende a *Secundus* el automóvil X, transferencia inscrita en el Registro Vehicular. Posteriormente *Primus* vende el mismo automóvil a *Tertius* a quien entrega el bien. En este caso será preferido *Secundus*, no precisamente porque el Registro prevalezca sobre la posesión, sino que conforme al artículo 2012 del Código Civil, la inscripción hace perder a *Tertius* la buena fe.

(1) . Ver al respecto HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. "Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores". En: *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año IV, N° 7, p. 190 y ss.

Si se cambiara el criterio de clasificación de los bienes por el de registrados y no registrados, entonces, bastaría un solo artículo para resolver la concurrencia de acreedores. Bastaría un artículo semejante al artículo 1670 del Código Civil que se refiere a la concurrencia de arrendatarios[2]. En este artículo los criterios de oponibilidad son: 1) Registro; 2) posesión, y 3) *"prior in tempore potior in iure"*.

DOCTRINA

BAUDRY-LACANTINERIE, G. Précis de Droit Civil, Tomo II. Librairie de la Societé du Recueil Gal - Des Lois et des arrets, París, 1896; BULLARD, Alfredo. La relación jurídico patrimonial. Reales vs. Obligaciones. Lluvia Editores, Lima, 1990; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Curso de Derecho Civil, Tomo IV. Editorial Reus, Madrid, 1955; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoleón, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Libraires. París, 1870; FERNANDEZ CRUZ, Gastón. La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles. En: Derecho. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 41, Lima, 1987; FERNANDEZ CRUZ, Gastón. El papel de la buena fe en la transferencia de la propiedad inmueble (concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble). Tesis. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1984; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. Cultural Cuzco, Lima, 1986; HENNINGS, Allan. La concurrencia de acreedores en las obligaciones con prestación de dar bienes ciertos. Tesis. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; HERNANDEZ GAZZO, Juan Luis. Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores. En: Ius et Veritas, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año IV, N° 7, Lima, 1993; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. 1. WG Editor EIRL, Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Traité Pratique de Droit Civil Francais, Tomo X. Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence, París, 1927.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Pertinencia para invocar supuesto sobre concurrencia de acreedores de bien mueble

La sentencia de vista, revocando la apelada, declara infundada la demanda, porque estima que la transferente ha vendido el inmueble sub materia a dos personas distintas, y aplica al efecto el artículo 1136 del Código Civil, y sin mayor motivación concluye que el contrato de compraventa de fojas ocho, título de la parte demandante, no es un documento idóneo para la procedencia de la reivindicación. (...). Que, al respecto, se corrobora la impertinencia del artículo 1136 del Código Civil, porque este se refiere a la concurrencia de acreedores de bien mueble. En tal sentido, se debe examinar a la inaplicación del artículo 1135 del Código precitado, que regula la concurrencia de acreedores de bien inmueble ***(Cas. N° 1773-2005-Santa).***

Concurrencia de acreedores por un bien mueble inscribible no puede subsumirse en el supuesto del artículo 1136

El art. 1136 del Código Sustantivo, aplicado en las sentencias de mérito, regula el supuesto de concurrencia de acreedores para el caso de bienes muebles no inscribibles (...). Que, la norma indicada no se refiere propiamente a bienes registrables como el de autos, por lo que ella debe concordarse con lo dispuesto por el art. 2014 del Código material, que contempla la figura de la buena fe registral y el art. 1135 de ese mismo Código, que si bien se refiere a la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, resulta aplicable al caso de autos, por analogía toda vez que el bien sublitis se trata de un bien inscribible ***(Cas. N° 3378-2000-Arequipa).***

(2) HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. Ob. cit., p. 192 y ss. El artículo 1670 del Código Civil habla de tradición y no de posesión, esto es un error, en cuanto, como señala Bullard "lo importante es la entrega causada en un título y no cualquier forma de empezar a poseer" (BULLARD, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. Obligaciones.* Lluvia Editores. Lima, 1990, p. 310).

Pérdida del bien

Artículo 1137.- *La pérdida del bien puede producirse:*

1.- Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.

2.- Por desaparecer de modo que no se tengan noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.

3.- Por quedar fuera del comercio.

Concordancias:
C.C. arts. 1138 incs. 1), 3) y 5), 1139, 1140

Luciano Barchi Velaochaga

La prestación es posible cuando ella es abstractamente susceptible de ejecución. La posibilidad debe ser física y jurídica, en el sentido de que no deben subsistir ni impedimentos de hecho ni impedimentos de derecho al cumplimiento.

La imposibilidad de la prestación, de acuerdo con el momento de su ocurrencia, da lugar a la imposibilidad originaria y a la imposibilidad sobreviniente.

Imposibilidad originaria se da cuando la prestación es imposible al momento de constituirse (o mejor dicho, de pretender constituirse) la relación obligatoria. La imposibilidad es sobreviniente cuando la prestación es posible al momento de constituirse la relación obligatoria, pero se torna imposible antes de su ejecución.

De conformidad con el artículo 219 inciso 3) del Código Civil, el acto (o negocio) jurídico (acto constituyente de la relación obligatoria) es nulo, por tanto, no se constituye la relación obligatoria, cuando el objeto es física o jurídicamente imposible o cuando es indeterminable.

Los artículos 1137 al 1140 del Código Civil se refieren al supuesto de la imposibilidad sobreviniente; es decir, aquella que ocurre entre la constitución de la relación obligatoria con prestación de dar bien cierto y la ejecución de la prestación.

Tratándose de relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto, la imposibilidad de la prestación se genera con la pérdida del bien.

¿Cuándo se pierde un bien cierto? En los casos señalados en el artículo 1137 del Código Civil:

1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.
2. Por desaparecer de modo que no se tengan noticias de él, o aun teniéndolas, no se pueda recobrar.
3. Por quedar fuera de comercio.

En el primer supuesto el perecimiento supone la destrucción total del bien debido. También se considera que hay pérdida cuando por daño parcial el bien resulta inútil para el acreedor.

Este supuesto debe distinguirse del deterioro, donde el bien debido también sufre un daño pero que no lo torna inútil para el acreedor. Como se menciona al comentar el artículo 1138, la falta de interés del acreedor por el daño parcial sufrido por el bien debido debe ser evaluada objetivamente. El interés apreciable viene a menos, precisamente, cuando el deterioro es incompatible con la causa concreta del contrato.

Esto hace resaltar una imprecisión en el inciso 2) del artículo 1138. En efecto, en dicho artículo se dice: "Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere...". Si el acreedor opta por "resolver la obligación" es porque el deterioro del bien ha hecho perder interés al acreedor; es decir, se trataría de un caso de pérdida del bien. Si se habla de deterioro es porque el bien todavía resulta siendo útil para el acreedor.

En el segundo supuesto merece un comentario la parte que dice "o aun teniéndolas, no se puede recobrar". Este, creemos, es un supuesto de imposibilidad económica y no física. En efecto, podría darse el caso que el bien ha desaparecido pero que se tiene noticias de él, sin embargo, su rescate es más costoso que lo que representa para el deudor cumplir con su obligación; así, el Derecho no le exige al deudor un sacrificio extremo, dando por perdido el bien.

El tercer supuesto es el de los bienes que quedan fuera del comercio. Como señalan Osterling y Castillo: "los bienes se encuentran fuera del comercio en razón de que alguna norma legal prescriba en tal sentido"[1].

Si tenemos en cuenta que el artículo 1137 se refiere a supuestos de imposibilidad sobreviniente, estamos frente a situaciones en las cuales el bien, al momento de contraerse la obligación (nos referimos a los casos de relaciones obligatorias de fuente contractual), se encuentra dentro del comercio y que luego, antes de la entrega, recibe una restricción legal.

En este caso creemos que deberá tenerse en cuenta el artículo 62 de la Constitución Política de 1993, en la parte que señala: "Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase"[2]. En tal sentido, cuando la norma establece restricciones legales a la transferencia de ciertos bienes, ¿se aplica a aquellas relaciones obligatorias constituidas con anterioridad a dicha norma? En este caso la norma legal no modifica, sino extingue la relación obligatoria por imposibilidad sobreviniente.

DOCTRINA

BUSSO, Eduardo B. Código Civil anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar, Buenos Aires, 1951; CARDENAS QUIROS, Carlos. Autonomía privada, contrato y Constitución. En Contrato & Mercado. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. 1. WG Editor EIRL, Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Volumen XVI, Primera Parte, Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción sobre pérdida del bien

Sobre la pérdida de los bienes, el artículo 1137 del Código Civil vigente prescribe: "La pérdida del bien puede producirse: 1.- Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial. 2.- Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar. 3.- Por quedar fuera del comercio". Nótese que en el numeral 1) de la norma citada, el bien ha perecido o ha quedado inutilizado para el acreedor por un daño parcial que se traduciría en su inutilidad, con el

(1) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Volumen XVI, Primera Parte, Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 1994, p. 23.

(2) Al respecto ver CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Autonomía privada, contrato y Constitución". En: *Contrato & Mercado*. Gaceta Jurídica. Lima, 2000, p. 65 y ss.

consecuente perjuicio de un grave daño para el acreedor; en el numeral 2) de la norma bajo comento se prevé el caso de que el bien desaparece de tal manera que ya no se tendrán noticias o en el supuesto de que si las haya, resulte imposible recuperarlo; y finalmente, en el numeral 3) se encuentra contenida la situación en la cual, el bien definitivamente queda fuera del comercio, esto es fuera del mercado de bienes y servicios, con el consecuente perjuicio de un grave daño para el acreedor ***(Cas. N° 9625-2014-Callao).***

No se aplican las reglas del Código Civil cuando medie legislación especial que regule los supuestos de pérdida de bien

{L}a empresa impugnante refiere que se ha infringido los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, indicando que se extinguió la obligación por pérdida del bien, dado que el riesgo de que los bienes dados en arriendo hayan sido depositados en los almacenes de la Sunat (por no pasar los controles e impuestos de aduanas al momento de entrar al país y por ser inscrito con documentación falsificada) debe sufrirlo la empresa arrendadora. Que, como se observa, las normas del Código Civil no son las propias para resolver este punto, dado que hay legislación específica sobre el tema que determina que el riesgo debe sufrirlo la arrendataria, dado que ella es quien escoge (de manera "irrenunciable") el producto y el proveedor. Por consiguiente, conocer todas aquellas características que el bien posea deberá ser parte de los comportamientos diligentes que el arrendatario lleva a cabo, lo que supone una ampliación de su esfera de responsabilidad ***(Cas. N° 2787-2012-La Libertad).***

Pérdida o perecimiento del bien acarrea la imposibilidad para ejecutar la obligación

En las obligaciones de dar bienes ciertos si la imposibilidad de ejecutar la prestación debida resulta por algún suceso jurídico o por la naturaleza de las cosas; que en el primer supuesto la imposibilidad es consecuencia de una prohibición legal y en el segundo, el bien materia de la relación obligacional ha dejado de existir o se ha perdido para las partes antes de su entrega; sin embargo, en el caso de autos, el bien ya fue entregado, quedando pendiente de cumplimiento la prestación del demandante quien es deudor del monto convenido como pago del bien materia de venta y que sí puede ejecutar ***(Cas. N° 280-2000-Ucayali).***

Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto

Artículo 1138.- *En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:*

1.- *Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización. Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.*

2.- *Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.*

3.- *Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero este conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.*

4.- *Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, este tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.*

5.- *Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.*

6.- *Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien.*

Concordancias:
C.C. arts. 1137 incs. 1) y 2), 1139, 1154, 1155, 1156, 1316, 1431, 1432, 1433, 1567, 1568, 1569, 1570; D.L. 21621 art. 24; LEY 26887 art. 30

Luciano Barchi Velaochaga

La imposibilidad sobreviniente de la prestación, es decir, aquella que se produce entre la constitución de la relación obligatoria y hasta antes de la entrega, genera tres consecuencias:

1. Respecto de la prestación que se torna imposible: el efecto liberatorio del deudor

Al tornarse imposible la prestación, el deudor (de la prestación que se torna imposible) queda liberado. Teniendo en cuenta que se trata de una relación obligatoria con prestación de dar bien cierto, la satisfacción del interés del acreedor se producía con la entrega de dicho bien.

2. Respecto de la prestación que aún es posible: el riesgo de la obligación (*periculum obligationis*)

En el caso de una relación obligatoria con prestaciones recíprocas ¿qué ocurre con la prestación que aún es posible? Supongamos una relación de compraventa:

Si el bien se pierde, el vendedor, deudor del bien que se torna imposible, se libera. Pero debemos preguntarnos si el comprador, deudor del precio, debe ejecutar la prestación a su cargo. En otras palabras, ¿debe pagar el precio a pesar de que no recibirá el bien?

Para responder a la pregunta debemos referirnos a la asignación del riesgo de la imposibilidad sobreviniente. En efecto, al contraer una relación obligatoria con prestación de dar bien cierto, las partes tendrían que prever como contingencia la imposibilidad sobreviniente de la prestación.

De prever tal contingencia deberán asignar el riesgo de la obligación:

a) **El acreedor asume el riesgo de la imposibilidad.-** Cuando el acreedor de la prestación imposible debe ejecutar la que le corresponde, a pesar de no recibir la prestación imposible.

b) **El deudor asume el riesgo de la imposibilidad.-** Cuando el acreedor de la prestación imposible no debe ejecutar la prestación que le corresponde, por tanto, el deudor (de la prestación imposible) no recibe la contraprestación.

El Código Civil, de manera supletoria, asigna el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación.

¿Cuál es el factor de asignación del riesgo del Código Civil? La culpa.

a) Si la imposibilidad sobreviniente de la prestación se produce por culpa del deudor de dicha prestación: el riesgo es asumido por el deudor de la prestación imposible.

b) Si la imposibilidad sobreviniente de la prestación se produce por culpa del acreedor de dicha prestación: el riesgo es asumido por el acreedor de la prestación imposible.

¿Qué criterio se utiliza cuando la prestación se torna imposible sin culpa de las partes? Se debe utilizar un criterio de asignación distinto, debe asignarse el riesgo a quien se encuentra en mejor posición para evitar la imposibilidad.

El Código Civil considera que es el deudor del bien quien está en mejor posición para evitar la pérdida del bien, pues se asume que estando el deudor en posesión del bien, está en mejor posición que el acreedor para evitar la pérdida.

En tal sentido, de acuerdo al artículo 1139 del Código Civil "se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario".

3. El resarcimiento de daños

Al tornarse imposible de manera sobreviniente la prestación, se produce un supuesto de lesión de crédito, por tanto, si la imposibilidad se genera por causas imputables al deudor, este debe resarcir los daños que la lesión cause al acreedor.

4. Imposibilidad parcial de la prestación y deterioro del bien debido

La imposibilidad total hace completamente irrealizable el interés creditorio; la imposibilidad parcial precluye en parte la realización de tal interés.

La imposibilidad parcial da lugar a una modificación cuantitativa de la prestación. Debe distinguirse la imposibilidad parcial sobreviniente del deterioro del bien, debido a que supone una inexactitud cualitativa.

La hipótesis de imposibilidad parcial de la prestación importa una reducción de la contraprestación, salvo el derecho de resolución de la contraparte que no tenga un interés apreciable en el cumplimiento parcial.

En la hipótesis de imposibilidad parcial de la prestación, la contraprestación se reduce, por tanto, en la misma medida en la cual se reduce la prestación que se torna imposible.

Supuesto similar a la imposibilidad parcial es la hipótesis del deterioro sobreviniente del bien debido.

En el caso del deterioro sobreviniente del bien debido, el acreedor puede conservar un apreciable interés en el cumplimiento, justificándose, por tanto, el mismo remedio que para el caso de la imposibilidad parcial: reducción de la contraprestación o la resolución de la relación obligatoria.

El artículo 1137 del Código Civil señala: "La pérdida del bien puede producirse: 1.- Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial (...)".

La falta de un interés apreciable debe ser evaluada objetivamente. El interés apreciable viene a menos, precisamente, cuando el deterioro es incompatible con la causa concreta del contrato.

5. Subingreso del acreedor en los derechos del deudor (inciso 1)

El acreedor subentra en el derecho de resarcimiento o de indemnización que corresponde al deudor respecto de terceros, como consecuencia de la imposibilidad sobreviniente (pérdida del bien), y puede pretender del deudor las prestaciones que este haya recibido a tal título *(commodum rapraesentationis).*

La sustitución del deudor califica como una subrogación legal; la transferencia no es automática, requiere de un acto de adquisición mediante el cual el acreedor manifiesta la voluntad de valerse de la subrogación a su favor.

DOCTRINA

BUSSO, Eduardo B. Código Civil anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar, Buenos Aires, 1951; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. La transferencia del riesgo en el Código Civil peruano. En: Para Leer el Código Civil, Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1984; GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Vol. IV. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909; HUC, Théophile. Commentaire theórique et pratique du Code Civil, Tomo VIII. Librairie Cotillon, F. Pichon Successeur Editeur, París, 1897; LAURENT, Francois. Principes de Droit Civil Francais, Tomo XVI. Livrairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. 1. WG Editor EIRL, Lima, 1992; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Vol. II. Ejea, Buenos Aires, 1959; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001; ZUSMAN TINMAN, Shoschana. La teoría del riesgo. En: Derecho. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 34, Lima, 1980.

Presunción de culpa por pérdida o deterioro del bien

Artículo 1139.- *Se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario.*

Concordancias:
C.C. arts. 1137, 1138, 1329

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

Al contraer una relación obligatoria las partes se exponen a riesgos; uno de esos riesgos es la pérdida o deterioro del bien debido antes de la entrega. Corresponde entonces asignar el riesgo.

Uno de los criterios de asignación de riesgo es la culpa, en tal sentido, se asigna el riesgo de la pérdida o del deterioro del bien a la parte culpable; así, en el artículo 1138 apreciamos, que en caso de pérdida o deterioro por culpa del deudor (incisos 1 y 2), este asume el riesgo. En caso de pérdida o deterioro por culpa del acreedor (incisos 3 y 4) es este quien lo asume.

Pero ¿qué pasa si la pérdida o deterioro se produce sin culpa de las partes? En este caso la culpa no puede ser el criterio de asignación del riesgo. La pregunta entonces es ¿quién está en mejor posición para evitar la pérdida o el deterioro?[1]. Siendo que el deudor es quien está en posesión del bien, él es quien se encuentra en mejor situación para evitar la pérdida y deterioro, por tanto el artículo 1138 (incisos 5 y 6) le asigna el riesgo de la pérdida o destrucción y el artículo 1139 lo hace a través de una presunción.

Corresponderá al deudor probar que la pérdida o el deterioro del bien no son por causas que le son imputables.

DOCTRINA

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. TRIMARCHI, Pietro. Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual. En Thémis, Revista de Derecho, N° 29, Lima, 1994.

(1) TRIMARCHI. Pietro. "Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual". En: *Thémis, Revista de Derecho*, N° 29. Lima, 1994, p. 92.

Pérdida del bien en obligación proveniente de delito o falta

Artículo 1140.- ***El deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque este se haya perdido sin culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. Esta regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora.***

Concordancias:
C.C. arts. 1137, 1338, 1339, 1340; C.P. arts. 185 al 195

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

El artículo se refiere a la obligación de restitución derivada de la comisión de delitos o faltas conforme al Código Penal (por ejemplo, la devolución del bien robado).

En este caso se refiere al riesgo de la imposibilidad sobreviniente (pérdida del bien conforme al artículo 1137) antes de la devolución. La consecuencia de la pérdida se refiere concretamente a la prestación que se torna imposible, no se refiere, por obvias razones, al riesgo de la contraprestación.

En los casos del artículo 1138 hemos visto que se produce un efecto liberatorio del deudor. Al tornarse imposible la prestación, el deudor (de la prestación que se torna imposible) queda liberado.

En el caso de obligaciones restitutivas derivadas de la comisión de delitos o faltas, el deudor no se libera sino que la prestación se sustituye por su valor; es decir, el deudor deberá entregar el valor de la prestación *(aestimatio rei),* siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 1136. De acuerdo con Yzquierdo Tolsada "no se trata de una nueva obligación, sino de una transformación del objeto de la primitivamente asumida. No es que se extinga y nazca otra nueva, sino que la primera se perpetúa..."[1]; se produce lo que se llama una *perpetuatio obligationis.*

Proporcionar el equivalente pecuniario no tiene función resarcitoria *(id quod interest),* sino de cumplimiento.

Esto ocurre aun si el bien se hubiese perdido sin culpa del deudor, aunque creemos que ello no ocurrirá si el bien se pierde por culpa del acreedor, al igual que si el acreedor queda constituido en mora, conforme al artículo 1338 del Código Civil; en este caso el deudor queda liberado de la prestación o de la entrega de su valor.

DOCTRINA

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual. Dykinson, Madrid, 2001; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.

(1) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual.* Dykinson, Madrid, 2001, p. 119.

Gastos de conservación

Artículo 1141.- ***Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses.***

Concordancias:
C.C. arts. 1134, 1682, 1735, 1738

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

Si bien de acuerdo con el artículo 1134 el deber de conservación de la cosa, desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega, corresponde al deudor, no obstante, los gastos que esa conservación genere no son asumidos necesariamente por el deudor.

En efecto, el artículo 1141 asigna los gastos de conservación al propietario de la cosa, por tanto, para determinar a quién le corresponden dichos gastos deberá establecerse si la propiedad de la cosa ha sido transferida.

Debemos distinguir entre gastos de conservación y gastos de custodia. A su vez, los gastos de conservación se diferencian en: 1) gastos ordinarios para la conservación y mantenimiento de la cosa; y 2) gastos extraordinarios para la conservación y mantenimiento de la cosa.

Los gastos ordinarios son aquellos que se realizan para mantener el estado operativo normal de la cosa (por ejemplo: mantenimiento periódico, la reposición de refacciones de menor importancia, los trabajos de pintura, limpieza y supervisión).

Los gastos extraordinarios son aquellos que, siendo igualmente indispensables para la conservación de la cosa, no son resultado del deterioro o desgaste inherente al uso natural del bien (por ejemplo, rotura del tanque de agua elevado de la casa).

En tal sentido el artículo 1141 debió establecer, salvo pacto distinto, lo siguiente:

1) Los gastos de conservación ordinarios y los gastos de custodia corresponden a quien se encuentra en posesión de la cosa (independientemente si se transfirió o no la propiedad), en tal sentido, corresponderían al deudor; y,

2) Los gastos de conservación extraordinarios corresponderían al propietario de la cosa.

Esto guardaría coherencia, por ejemplo, con lo dispuesto por los artículos 1682, 1735 y 1738 del Código Civil.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.

Obligación de dar bien incierto

Artículo 1142.- ***Los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad.***

Concordancias:
C.C. arts. 1534, 1535, 1536

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

El Código Civil peruano exige como requisitos mínimos para los bienes inciertos o determinables, el que estos estén especificados –cuando menos– en su especie y cantidad, en razón de que cuando se genera una obligación, debe ejecutarse, y el deudor debe estar comprometido seriamente a ejecutar una prestación que revista dicha seriedad. En tal sentido –como lo afirma la doctrina de manera muy clara–, si no se estableciesen al menos la especie y la cantidad, podría un deudor estar obligándose y a la vez poderse *desobligar* de lo pactado o prescrito por la ley.

Al respecto, el profesor colombiano Rodrigo Becerra Toro (p. 273) recuerda que uno de los puntos esenciales de la obligación es el hecho de que esta no puede existir sin objeto, el cual debe encontrarse determinado en la prestación, precisando que tal determinación aflora, a veces, cuando se considera la naturaleza de la cosa, o se circunscribe a un género determinado; de ahí que desde el antiguo Derecho Romano se afirme que el objeto debe estar determinado al menos en cuanto a su género. Es esta la menor de las determinaciones posibles y su falta de precisión conduce a la inexistencia. Aquí nos vienen a la memoria las expresiones del profesor Emiliani Román, cuando escribe que "La indeterminación, pues, conduce a la falta de objeto".

Por su parte, Doménico Barbero (p. 25) comienza el tratamiento de las obligaciones genéricas, señalando que en la estática de la relación real, objeto de todo derecho singular, no puede haber más que una cosa o un conjunto de cosas determinadas e individualizadas: se puede ser propietario, usufructuario etc., no de una casa, indeterminadamente, sino de esta casa, no de un saco de trigo, un barril de vinagre, sin otra determinación que la de la cantidad y del género, sino de este saco, de este barril, determinados individualmente; tan es así que, en los contratos consensuales (como la venta), antes de la individualización concreta del objeto, mediante peso, numeración o medida, no se adquiere la propiedad, sino solamente un crédito; y agrega que es precisamente en el campo de los créditos y en la dinámica de la relación obligatoria donde adquiere el máximo relieve práctico la distinción entre cosas *de género* y cosas *de especie*, pues según que el objeto de la obligación sea una cosa *de especie* o una cosa *de género no individualizada todavía*, dicho crédito puede extinguirse o perdurar cuando perezca el objeto: esto en virtud del conocido principio de que perece la especie, pero no el género, cuando –por lo menos– es ilimitado.

Como enseña Salvat (p. 356), en el Derecho Moderno se entiende por obligaciones de dar bienes inciertos, a aquellas que tienen por objeto cosas inciertas no fungibles. Recuerda que en el Derecho Romano estas obligaciones se llamaban obligaciones de género *(obligatio generis)* y se oponían a las obligaciones de especie *(obligatio speciei)* u obligaciones de dar un

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

individuo determinado, que son las que nosotros llamamos de dar cosas ciertas. Así, en el Derecho Moderno, las obligaciones de dar bienes inciertos determinados solo por su especie, equivalen a las obligaciones de género del Derecho Romano, de manera que no debe traducirse *speciei* por *especie*, ya que *speciei* equivale a cuerpo cierto o individuo determinado, como lo recuerda el citado tratadista argentino.

A su turno, Karl Larenz (p. 161) señala que las obligaciones genéricas son muy frecuentes, constituyendo la regla general en el comercio al por mayor; se encuentran preferentemente en los contratos de compraventa y en los contratos de arrendamiento de uso. Cita Larenz el ejemplo del arriendo por horas de una aspiradora de polvo, o de cualquier aparato de esta clase.

Bien incierto es aquel que, constituyendo el objeto de una prestación de dar, no se encuentra totalmente determinado. Como enseña Antonio de la Vega Vélez (p. 227), en las obligaciones de género el objeto no se encuentra determinado en especie o cuerpo cierto; solo se determina al momento de cumplirse la obligación, y esta determinación se hace con respecto a diversas cosas que reúnan las mismas características. Es el caso de los bienes determinables, de aquellos que se encuentran especificados al menos en su especie y cantidad. El tratadista argentino Luis María Boffi Boggero (p. 341) señala que las obligaciones son de dar cosas inciertas, cuando en el momento que brota la obligación se tiene incertidumbre sobre la cosa debida; agregando que esta indeterminación, como es obvio, no puede ir en obligación alguna más allá del pago, porque, de subsistir, estaríamos ante un caso de obligación sin objeto válido.

Para Manuel Albaladejo (pp. 44 y 45), obligación específica es aquella cuyo objeto está determinado individualmente (está especificado, individualizado); cita como ejemplo: si se vende la casa número tal de tal calle, el vendedor –obligado– debe solo y exclusivamente ese objeto –la casa concreta–. En cambio, agrega, obligación genérica es aquella cuyo objeto está determinado no individualmente, sino de una manera general, por características genéricas (que son comunes a todas las cosas que forman el género); cita como ejemplo el obligarse a entregar un litro de vino blanco de tal clase, o un kilo de pan de trigo candeal, o un automóvil de tal marca y modelo; casos en los cuales el obligado debe un ejemplar cualquiera, un litro o un kilo o un coche cualquiera, del género de que se trate (automóviles de tal marca y modelo, o vino de tal clase o pan candeal). Agrega Albaladejo que no se trata de que el de la obligación específica sea un objeto determinado individualmente, mientras que el de la obligación genérica sea el género (pudiéndose cumplir con cualquiera de las cosas o servicios que pertenezcan a este), sino que en la obligación genérica existe un objeto, determinado en cuanto al género a que pertenece, pero aún no individualizado; así, luego, el objeto no es el género, sino el individuo que posteriormente se especifique dentro del género.

Por su parte, Jorge Joaquín Llambías (p. 137) establece que las obligaciones de dar cosas inciertas se refieren a un objeto que no ha quedado inicialmente definido en su individualidad, a lo cual habrá de llegarse con la respectiva elección o determinación de la cosa que haya de pagarse; siendo obligaciones de dar cosas inciertas las que versan sobre objetos no individualizados, que se definen por el género a que pertenecen, con caracteres diferenciales dentro del mismo género. Para el tratadista español Antonio Hernández Gil (p. 131), a los efectos de las obligaciones genéricas resulta esencial el concepto de género. De este modo, señala que por género no es posible entender aquí, y menos únicamente, lo que por tal se entiende desde un punto de vista rigurosamente filosófico o físico; precisando que el Derecho, de ordinario, no opera con puros criterios de esa clase, sino con criterios sociales y económicos, más flexibles y aptos para la humana realización de la justicia.

En tal sentido, enseña que la inadecuación del concepto de género, filosóficamente configurado, para explicar la estructura y la función de las obligaciones genéricas, se comprueba en virtud de diversas consideraciones. Así, en primer lugar, en un orden de ideas general o referido a la naturaleza, la distinción entre género y especie depende del lugar en que comience y termine la escala, de tal manera que una misma cosa que, respecto de otras, puede representar su género, puede, a su vez, aparecer como especie dentro de un concepto más amplio, y así sucesivamente; en tanto que en segundo lugar, lo que con arreglo a una conceptuación de tal clase constituye un género, es perfectamente posible que carezca de idoneidad para integrar por sí solo el objeto de la obligación; así, el género *metal*, u otros más particulares, como *dinero* o *trigo*, no sirven para, con esa sola delimitación, integrar la prestación de una obligación, porque no se cumple el requisito de la determinabilidad exigido por el artículo 1273 (del Código Civil español); precisa que en tal caso no habríamos constituido una obligación genérica, sino que nos faltaría un elemento –el objeto– para dar vida a la obligación.

Por último, Hernández Gil sostiene que la obligación es genérica cuando la prestación no se identifica con una sola *cosa* individualmente designada o determinada, sino que viene configurada más amplia o genéricamente, bien por referencia a un sector de la realidad en el que se hallen insertas diversas cosas no consideradas individualmente, bien porque se utilice algún medio objetivo indirecto para indicar qué es lo debido.

Del mismo parecer son los tratadistas argentinos Alterini, Ameal y López Cabana (p. 93), cuando sostienen que las obligaciones de género recaen sobre cosas inciertas no fungibles; no estando en ellas determinadas las prestaciones individualmente, sino por su género, no pudiendo sustituirse entre sí, debido a que reúnen caracteres diferenciales dentro del género. Agregan los autores citados que en estas obligaciones es más importante el género, y la elección debe efectuarse dentro de él, debiendo tenerse necesariamente en cuenta que los conceptos de género y especie se encuentran influidos por las circunstancias, de modo tal que el televisor constituye una especie dentro del género artefactos eléctricos; el televisor marca H una especie dentro del género televisor; el televisor marca H de pantalla de 17" una especie dentro del género televisor marca H, y así sucesivamente.

La especie y la cantidad, entonces, constituyen requisitos insoslayables para la determinación de bienes.

Para ilustrar lo mencionado vamos a citar dos ejemplos:

a) Si el deudor se obligase a entregar *dos animales* a cambio de 1,000.00 nuevos soles, no habría contraído una obligación seria, al no señalar la especie de dichos animales, ya que podría *cumplir* entregando dos insectos de ningún valor, con lo que estaría burlando a su acreedor, quien sí le tendría que pagar los 1,000.00 nuevos soles prometidos.

   Como enseña el profesor Rodrigo Becerra Toro (pp. 273 y 274), el género, propiamente dicho, puede clasificarse en determinado e indeterminado. Es determinado cuando los individuos que forman el conjunto participan de caracteres comunes (caballos, vacas, arroz, etc.), e indeterminado cuando los individuos pertenecen a diferentes clases o grupos y apenas guardan relación por sus caracteres más universales (animal, vegetal, mineral, etc.). Señala el mencionado profesor colombiano que en el primer evento puede nacer la obligación civil, pero no en el segundo caso; ya que resulta posible deber un individuo de un género determinado (un caballo, un perro, etc.), mas no puede predicarse lo mismo de algo que se menciona por

sus rasgos más universales (un animal, etc.); razón por la cual la legislación civil no acepta que se pacte una obligación de género indeterminado. En tal sentido, Becerra Toro precisa que debe entenderse como obligación de género aquella en la cual se determina a lo menos la clase o familia o grupo al que pertenece el objeto debido, aunque este mismo aparezca indeterminado.

b) Igual falta de seriedad ocurriría si el deudor se obligase a entregar *gallinas* a cambio de 4,000.00 nuevos soles. En este caso, si bien se habría señalado la especie, nada se habría dicho acerca del número o cantidad de dichas gallinas, razón por la cual, de permitirse un pacto de estas características, el deudor podría satisfacer su prestación entregando al acreedor dos gallinas, a cambio de los 4,000.00 nuevos soles prometidos.

En estos casos, el deudor podría cumplir su prestación entregando "casi nada"; y como en Derecho *casi nada* equivale a *nada* (como establecen los antiguos romanos, así como Laurent y quienes le siguieron), esta situación es repudiada por dichos tratadistas.

Por otra parte, debemos recordar lo que decía Pothier (p. 114), cuando señalaba que no es necesario que la cantidad que constituye el objeto de la obligación esté determinada al momento en que se contrae la obligación, pues bastará que pueda serlo en el futuro, como sería, por ejemplo, si uno estuviese obligado a indemnizarme los daños y perjuicios que he sufrido o pudiera sufrir en tal ocasión, caso en el cual la obligación sería válida, a pesar de que la suma de dinero a que asciende no esté todavía determinada, por ser determinable en el peritaje. De la misma manera –agrega Pothier–, si otro se obligase a suministrarme trigo para el alimento de mi familia durante un año, la obligación sería válida, por más que no se haya determinado la cantidad, por cuanto es determinable por la estimación que se hará de lo necesario para ello.

De otro lado, debemos recordar lo que expresaba Busso (p. 176), en el sentido de que primero debe señalarse que el género es un concepto y no una realidad material. Así, si se vende *un caballo* sin ninguna otra aclaración, el contrato no se refiere a un animal determinado; pues, para designar la materia de la obligación, las partes se han valido de una idea general, siendo necesario aclarar cuál es la representación mental que ha correspondido a esa idea para fijar los efectos de la convención. Entiende Busso que la designación genérica, sin apuntar a un objeto determinado, comprende a todos los que reúnan los caracteres propios al género de que se trate. Así, continúa diciendo que el género como concepto tiene aptitud legal para contener un ilimitado número de casos individuales; precisamente porque se trata de un concepto que no está restringido por los límites de la realidad, ya que el género es imperecedero e inagotable; y aun tratándose de géneros calificados que resulten en la práctica de un contenido real sumamente reducido, siempre será cualidad conceptual del género esa teórica ilimitación.

Para Busso, la extensión de un género es algo distinto a su comprensión; se refiere esta última a la aptitud de contener ilimitados casos reales, en tanto la extensión se refiere a la zona de realidad que el género abarca. Así, el género *caballo*, por su extensión, es más limitado que el género *animal*, pero uno y otro son ilimitados dentro de sus respectivas zonas. El citado autor señala que la extensión del género puede ser más o menos amplia según las restricciones o calificaciones que se le impongan; puede hacerse, en tal sentido, una distinción entre género ilimitado y género limitado, recordando, para tal efecto, la opinión de Freitas, en el sentido de que el primero de los mencionados es aquel que comprende toda una especie,

cuyos límites están solamente en la naturaleza. Coincidimos con Busso al señalar que, a pesar de lo anotado, todo ello resulta sumamente impreciso.

Como anota este autor (BUSSO, p. 193) "desde luego que el objeto de estas obligaciones no queda determinado con la sola indicación de una cantidad cualquiera. Un número no designa por sí solo una realidad concreta y determinada: es una expresión abstracta que debe aplicarse a una materia dada. No basta obligarse a pagar 'cinco' si no se aclara el género dentro del cual las cinco unidades se tomarán: cinco caballos, cinco kilogramos de azúcar, etc. Es, pues, elemental que en la obligación debe expresarse el género, especie y calidad que corresponde a la cantidad debida".

En expresiones del mencionado tratadista argentino, el género puede resultar limitado por las calificaciones que resulten del título de la obligación; como por ejemplo sería el decir un caballo de silla o un caballo de carrera; agrega que las calificaciones pueden aumentar indefinidamente, como sería el caso de un caballo de carrera de dos años, tordillo, de tanta alzada, etc.; precisa también que esas calificaciones no constituyen limitaciones rígidas, pues siempre resulta indefinido el número de animales que puedan cumplir todos esos requisitos.

Este mismo autor señala que en la obligación de género el objeto no es un individuo concreto, sino una cosa comprendida en ese género; añade que la fórmula de esta obligación es general y abstracta, recordando las palabras de Pothier cuando enseñaba que el objeto es expresado por medio de una idea trascendente que hace abstracción de los individuos que integran el género. Recuerda también la expresión de Windscheid, cuando señalaba que en la obligación de género la determinación se practica por medio de *contraseñas* que no son *contraseñas* de individualidad.

Así, "es evidente que entre el género sumo y el individuo hay una escala de especies intermedias, cada una de las cuales es género de otras especies y así sucesivamente. Entre publicación y libro, entre libro y libro de derecho, entre libro de derecho y libro de derecho civil, entre libro de derecho civil y libro de obligaciones, entre libro de obligaciones y libro sobre el pago, etc., hay una situación de mayor a menor que permite a cada término ser especie respecto del tramo superior y género con referencia al tramo inferior" (BOFFI BOGGERO, p. 342).

Según Jorge Joaquín Llambías (p. 138), se entiende por género el conjunto de seres o cosas que poseen un cierto número de caracteres comunes: así los hombres, los caballos, los perros, pertenecen al género animal; las rosas, los jazmines, las violetas, los claveles, pertenecen al género flor; los automóviles marca Ford, Chevrolet, Fiat, Renault, Peugeot, pertenecen al género automóvil. Agrega Llambías que cuando se habla de obligaciones de cosas inciertas se alude a objetos que se identifican por el género al que pertenecen; añade que el género es un concepto relativo, que depende de la intención de las partes, ya que son estas las que definen, aun tácitamente, cuáles son las cualidades comunes a varias cosas que hacen surgir un género identificado por tales cualidades.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff (p. 30) "constituye un caso especial de obligación, la genérica, o sea aquella en la cual el objeto de la prestación está determinado por características genéricas. Su contrafigura es la obligación específica, que se refiere a una prestación determinada por notas particulares. Por regla general, el objeto de las obligaciones genéricas está constituido por cosas fungibles, pero esto no es indispensable, ya que también pueden ser objeto de una deuda de género las cosas no fungibles (un caballo de silla, un auto), e igualmente una cosa fungible (este ejemplar de un libro difundido en una gran edición) puede ser

debida como especie. A estos efectos es decisiva la determinación de las partes, mientras que la fungibilidad depende de la opinión del tráfico".

Continúan refiriendo estos autores que la esencia de la obligación genérica se revela en que es más libre la posición del deudor, ya que puede elegir en el género el objeto a prestar, naturalmente dentro de los límites establecidos por la ley, que en el caso peruano están determinados por el artículo 1143 del Código Civil.

Respecto de la mayor libertad a la que aluden, podríamos señalar que ella variará de acuerdo con la amplitud en la que consista la especie materia de la obligación de dar bienes inciertos. Cuanto más grande sea la especie, mayor será la libertad; por el contrario, cuanto menor sea aquella, menor será esta.

Respecto del tema de las obligaciones de dar bienes inciertos o determinables, podríamos decir, con Héctor Lafaille (p. 134), que el mismo, abarcado sobre todo su horizonte, es de aplicación vastísima y excede con mucho los límites del Derecho Civil. Así, las operaciones sobre mercaderías, ya de una calidad prevista o con la base de muestras, son las más comunes en el comercio, a las que podemos añadir, como señala Lafaille, infinidad de negocios relativos a cereales en los países agrícolas, sin contar los ganados y los productos de la industria; de forma tal que los conceptos sobre este tipo de bienes suministran las bases para todos esos contratos, si bien admiten variantes en sus detalles por los preceptos de cada categoría y los propios del Derecho Mercantil.

El propio Lafaille (pp. 134 y 135) plantea el tema del género próximo y del género remoto. Así, señala que está permitido constituir una obligación de contenido indeterminado, siempre que este pueda concretarse. Agrega que el *género próximo*, también denominado *especie*, consiste en una clase de objetos que ofrece caracteres diferenciales, como un caballo, una mesa, trigo, azúcar, etc.; no siendo válida, por el contrario, y como lo hemos señalado nosotros anteriormente, una obligación tan vaga, como la de entregar muebles, animales, etc., por constituir una de *género remoto*. De este modo, la categoría que estamos abordando es la del *género próximo*.

Para Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón (p. 207), se denominan obligaciones genéricas aquellas obligaciones de dar, en las cuales la cosa objeto de la prestación se encuentra determinada únicamente a través o mediante su pertenencia a un género; entendiéndose por género, en el lenguaje jurídico, a un conjunto más o menos amplio de objetos que reúnen unas determinadas características o de los que se pueden predicar unas condiciones comunes; agregan que, en cambio, se denominan obligaciones específicas aquellas que recaen sobre cosas concretas y determinadas, en las que el deudor solo cumple entregando la cosa prefijada. En cambio, en las obligaciones genéricas, el deudor puede cumplir entregando uno cualquiera de los objetos o una determinada cantidad de ellos, siempre que pertenezcan al género estipulado.

Según Enneccerus, Kipp y Wolff (p. 30), "las partes (o el testador) pueden determinar el género con mayor o menor amplitud, mediante características discrecionales (vino, vino blanco, vino del Rhin, vino Josephshöfer, Josephshöfer-cosecha de 1921), y especialmente también estableciendo que las cosas objeto de la prestación hayan de extraerse de una determinada gran porción (la producción de una finca o de una fábrica determinadas)". En tales casos –señalan– se habla de obligación genérica delimitada (limitada). En igual sentido opinan Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón (p. 209), cuando expresan que la doctrina suele distinguir una obligación genérica normal u ordinaria y una obligación genérica delimitada o de género limitado, como una variante de aquella; agregan que la obligación de género limitado

supone que las partes no solo han designado el género a que pertenece la cosa, sino también otras circunstancias externas que sirven para delimitarla, como la procedencia (te compro 1,000 litros de vino de tu cosecha de este año), el lugar donde se encuentra (te vendo 1,000 litros de vino de los que tengo en mi bodega), u otras semejantes (v. gr., 10 litros de vino de la cosecha de 1960). Añaden los autores españoles citados, que la delimitación causa que la pérdida fortuita de las cosas incluidas en ella libere al deudor de su obligación. Así –sostienen– restringe el juego de la regla *genus nunquam perit*, adquiriendo importancia práctica la idea de la obligación genérica, cuando la delimitación se produce a través del origen o de la fuente de producción de las cosas, con la posibilidad de que las partes la lleven a efecto expresamente; pero los autores citados se cuestionan si, ante su falta, debe entenderse implícitamente establecida, como sería el caso de si un fabricante de cemento se obligase a suministrar una tonelada, supuesto en el cual podríamos preguntarnos si estaría implícito o no el pacto de que el cemento contratado es el producido por tal fabricante. Díez-Picazo y Gullón creen que la cuestión es un problema de interpretación de la voluntad de las partes y de los usos del tráfico.

Para la ejecución de una obligación de dar bienes inciertos, es necesario que se efectúe una elección. Este tema, según Saleilles (pp. 135 y 136), puede revestir tres tipos: el de la *separación* o *individualización*, en que se exige un acto que llegue a determinar materialmente el objeto, y se aplica más todavía para las cantidades de cosas; el del *envío* o *expedición*; y el de la *entrega al acreedor*, o sea la *tradición*, entendiéndose que hasta entonces es permitido volver sobre el elegido. En adición a lo señalado, Lafaille agrega un cuarto sistema, el de la *declaración*, supuesto que es contemplado por el Código Civil peruano en su artículo 1145.

En este punto, debemos diferenciar a los bienes inciertos (aquellos susceptibles de determinación) de los bienes fungibles. Fungibles son aquellos bienes susceptibles de sustituirse unos por otros, siendo esta situación indiferente para el cumplimiento de una prestación, ya que en el caso de los bienes fungibles, cualquier individuo es prácticamente igual a otro y no hay forma de identificar o distinguir a uno de otro (sin introducirles modificación alguna). En los bienes fungibles no se realizará una elección en sentido estrictamente jurídico, sino una individualización en el sentido común de la palabra.

Por ejemplo, serán fungibles una botella de Coca-Cola, envase no retornable, de dos litros, con otra de la misma gaseosa, características y capacidad. O, si estamos en presencia de una obligación de entregar un automóvil nuevo de una cierta marca y un determinado modelo y color. Sin embargo, este ejemplo podría llevarnos a anotar –de manera preliminar– una reflexión en el sentido de si dicho vehículo es un bien fungible o uno determinable. Se podría sostener que se trata de un bien determinable, pues es susceptible de determinación, al tener datos que permitan efectuarla (los números de placa, chasis, motor y serie). No obstante ello, la posición contraria también resulta interesante, puesto que, a pesar de ser un bien identificable, dicha identificación –en la práctica– resultaría inútil para el acreedor, ya que le daría lo mismo su entrega como la de cualquier otro vehículo que reúna idénticas características.

Si nos inclinamos por considerar a dicho bien como determinable, porque su elección resultaría factible, esto nos conduciría, para el caso de la transferencia del riesgo, a solución diversa de la aplicable si se tratara de un bien fungible, ya que si el bien se perdiese antes de su entrega sin culpa de las partes, de ser determinable y haber sido comunicada su elección al acreedor, el deudor quedaría liberado de dicha obligación (la misma que se habría extinguido), perdiendo el derecho a la contraprestación. En cambio, si lo considerásemos fungible,

sería irrelevante si el deudor hubiese comunicado su elección al acreedor, puesto que –de igual manera– tendría que reponer el vehículo perdido por otro similar y cumplir con entregarlo.

Resulta de sumo interés lo anotado por Busso (p. 32), al referirse a las que él denomina como *cosas en serie:*

> "Ciertas cosas producidas en serie son individualizadas por indicación de los caracteres de la serie a que corresponden. Así como ocurre con los automóviles (mediante indicación de marca, modelo, carrocería, etc.), con las maquinarias, con ciertos artefactos, etc. En un caso se resolvió entre nosotros la venta de cosa determinada. Pero el fallo, más que el aspecto civil de la cuestión, se refería a un problema paralelo: si el comprador tenía derecho a examinar la mercadería y a rechazarla si no le conviniera".

Por nuestra parte creemos, en suma, que el ejemplo de dar vehículos nuevos de una especie donde todos son iguales, sería una obligación de dar bien fungible.

Pero en relación al tema de los bienes fungibles y los bienes inciertos, se suscita un problema adicional que muchas veces pasa inadvertido. Debemos precisar que, en relación a este punto, el criterio de la antigüedad del bien podría llegar a ser de tal importancia que, ante dos bienes físicamente iguales, debamos concluir en que, a pesar de esta situación, dichos bienes no son fungibles. Este tema es obviado en los tratados de Derecho.

Para ilustrar el caso, presentemos el supuesto de un bien fungible cualquiera, el mismo que nunca tuvo uso, pero cuya fabricación data de hace cincuenta años. Dicho bien es, se trate de la especie que se trate, uno original. Si el día de hoy, la misma fábrica que lo produjo hace medio siglo fabrica uno exactamente igual, este último bien no será un original, sino solamente una réplica. En este caso, a pesar de ser exactamente iguales ambos bienes (lo que en una consideración estrictamente simplista los haría fungibles), podríamos estar ante la situación concreta de que el original valga varias veces más que la réplica. Imaginemos que el bien del que hemos estado hablando, sea una moneda o medalla de una serie conmemorativa de cualquier acontecimiento patrio.

Otro elemento que –aunque en menor medida que el anterior– algunas veces pasa desapercibido en lo que respecta a los bienes fungibles y a los bienes inciertos, es el del uso que se le da a un bien. Es evidente que si hablamos de dos ejemplares completos de todos los tomos ya publicados de nuestro Tratado de las Obligaciones, apenas editado, ambos ejemplares serán fungibles entre sí, por la sencilla razón de que ambos tendrán las mismas características. Está claro también que si uno de los ejemplares ya hubiese sido leído íntegramente, habrá dejado de ser fungible respecto del otro, pues en esta situación uno será nuevo y el otro, usado.

Resulta necesario también mencionar el caso del dinero. En esta hipótesis, es claro que el dinero es un bien fungible –diríamos, el bien fungible por excelencia–. Sin embargo, poca atención ha merecido el hecho de que el dinero sea un bien identificable, ya que cada billete cuenta con un número de serie distinto de otro. Si la determinabilidad de un bien estuviese marcada por la posibilidad de identificarlo o distinguir a ese bien de otros de su misma especie, en el caso de los billetes estaríamos ante uno de bienes determinables. Sin embargo, esto no es así. Estaríamos fuera de toda razón y de todo principio si efectuáramos tal afirmación.

Debe mencionarse, para finalizar este tema, que el Código Civil peruano de 1984 no ha regulado el tema de las obligaciones de dar bienes fungibles, puesto que él se resuelve de manera muy sencilla y ágil, aplicando las normas y principios que inspiran el Derecho común.

Con la razón y el entendimiento basta para otorgar solución a cualquier problema derivado de estas obligaciones.

Otro ejemplo de obligación de entregar bienes fungibles es aquel en el cual una persona solicita en una bodega una cajetilla de cigarrillos marca Winston y existen en el mostrador 100 cajetillas de esa marca. En este caso, el deudor (el bodeguero) entregará al comprador una cajetilla cualquiera de las 100 que tiene (siempre que esté en buen estado), a su exclusiva decisión, sin que se apliquen las reglas de elección. En este supuesto, la incertidumbre se genera porque el acreedor no sabe cuál de las 100 cajetillas le será entregada.

Sin embargo, podrá darse el caso en que la diferencia entre el dar bienes inciertos y el dar bienes fungibles dependa de la forma en que se ha constituido la obligación. Si fuese el caso que un deudor se obligara frente a una persona a entregarle "100 cajas de botellas de una bebida gaseosa", aquí sí habría elección, ya que el deudor tendrá que escoger 100 cajas de una bebida gaseosa de una marca entre todas las existentes. Sin embargo, las botellas seguirán siendo bienes fungibles. Como vemos, aquí sí se aplicarían las reglas de la elección, la que se produciría entre las diferentes marcas de gaseosas. En palabras de Cazeaux y Trigo Represas (pp. 560 y 561), aun tratándose de cosas fungibles, es necesario prevenir que con respecto a ellas puede usarse una manera de obligarse que sea en realidad una contratación sobre objetos ciertos, y por lo tanto no serían aplicables las normas del Código referentes a las obligaciones de dar cantidades de cosas. Los mencionados tratadistas citan como ejemplo el contrato sobre cosas fungibles por conjunto, que ocurriría si se prometiera la entrega de toda la cosecha de maíz de la chacra tal, del trigo que está almacenado en el galpón A, etc.

Para Jorge Joaquín Llambías (p. 151) son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale al otro, de modo tal que es posible ofrecer unas cosas por otras de la misma calidad y en igual cantidad, siendo intercambiables entre sí, por lo que es indiferente recibir esta cosa o aquella otra.

Resulta interesante, al abordar el tema de los bienes inciertos y los bienes fungibles, y no obstante haber tomado posición, profundizar en lo que respecta a cuál de las dos categorías pertenece el dinero. Luis De Gásperi (pp. 227 y ss) recuerda la opinión de Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del anterior Código Civil argentino, en el sentido de que las obligaciones de dar sumas de dinero pertenecen a aquellas de dar bienes inciertos no fungibles, lo que es reiterado por los artículos 603, 604, 607 y 609 del mencionado Código Civil. De Gásperi realiza un estudio muy prolijo acerca de las diferencias que pueden existir entre las obligaciones de dar sumas de dinero y las obligaciones de dar bienes inciertos. Él señala que, históricamente, desde el Derecho Romano hasta nuestros días, siempre el dinero fue considerado entre las cosas fungibles, al extremo que ningún otro bien se acomoda tanto a la definición del artículo 2324 del derogado Código argentino de 1869 (hoy en el artículo 232 del nuevo Código Civil y Comercial de 2014), en el sentido de que son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y que pueden sustituirse las unas por las otras, de la misma calidad y en igual cantidad.

De Gásperi efectúa el siguiente razonamiento para sostener que la obligación de dar una suma dineraria corresponde a las obligaciones de dar bienes inciertos más que a las de dar bienes fungibles:

> "Mas, apenas si hay necesidad de reflexionar un instante para advertir que el dinero ocupa, entre las cosas fungibles, posición especial. A las partes que contratan una compraventa de trigo les bastará, por lo común, indicar la cantidad y calidad a

entregarse, para que la cosa vendida sea cierta y determinada. El trigo existe en la naturaleza. No habría manera de equivocarse a su respecto. El que estipula, en cambio, una suma de cien dólares, o de mil francos, o de mil libras esterlinas, no está en la misma situación del que se ha hecho prometer cien toneladas de trigo o de arroz o de maíz, pues siempre cabría averiguar ¿de qué dólares, de qué francos o libras se trata? Existe el franco oro, el franco papel, la libra de oro, la libra de papel. El dólar posterior a 1934 no es el mismo dólar anterior a ese año, en que sufrió importante depreciación. El franco belga de 1935 no es el mismo de 1926, por la disminución de valor que sufrió. El franco suizo de 1936 no es equivalente al anterior, por la alteración de su contenido-metal. Y así sucesivamente, de suerte que una obligación de mil francos suizos contraída en 1935 y pagada en 1937, por ejemplo, pudo traducirse en pérdidas para el acreedor. Tiene esta pérdida que ver con la alteración del peso y ley de las monedas, de antiguo practicada por el Estado, en virtud del poder que se le conoce de acuñarlas. Puede arbitrariamente el soberano modificar el valor de su moneda por la sustitución del metal por otro, o por la modificación del peso del metal por un mismo valor nominal, o por la alteración del título, etc. Mutaciones son estas a que no se hallan expuestas las obligaciones de dar trigo, arroz, maíz, huevos, etc., porque devaluación o revaluación es imposible. Viene de aquí que, entre las cosas fungibles, presente el dinero una 'diferencia específica'. En el comercio, dice Nussbaum, no se da ni se toma el dinero como lo que físicamente representa, esto es, un trozo de papel, una pieza de cobre o una pieza de oro. El dinero no se determina por caracteres físicos, por unidades corpóreas, o por masas materiales, como el *genus* que procede de la naturaleza. El dinero, en el comercio, se da y se recibe atendiendo solamente a su relación con una determinada unidad (marco, franco, lira, etc.), o, más exactamente, como un equivalente, múltiplo o submúltiplo de esa unidad; dicho en una palabra, como X veces la misma unidad. Esta es de naturaleza ideal, pero se materializa, con arreglo al criterio del comercio, en los signos monetarios, y, en cada momento, según una relación numérica determinada por la clase de moneda de que se trate.

Suponiendo que en un kilo de arroz concurran por lo común diez mil granos de este cereal, nadie, al contratar su compraventa, fija el precio del kilo en relación al valor de un grano multiplicado por diez mil, sino a su 'cantidad', de que el 'peso' (kilo) es la 'medida'. Acontece lo contrario con el dinero. Quien lo da o lo recibe, no atiende a su 'peso', sino a su 'número', de donde viene que sea más correcto decir 'sumas', que 'cantidades' de dinero. Si este consiste en moneda, su cuño dispensa al tomador de comprobar las cualidades materiales de la cosa utilizada como tal. Si es billete de Estado, la autenticidad de su diseño. Cien pesos fuertes de curso legal, es continente de cien veces la unidad 'un peso', la cual no tiene, fuera del dinero, existencia material".

Hasta aquí las palabras del tratadista paraguayo.

Consideramos que De Gásperi confunde el tema de la fungibilidad del dinero, al hablar de diversas unidades monetarias dentro del mismo país, y hasta dentro de la misma denominación, pero que responden en realidad a criterios diferentes, puesto que, a pesar de llamarse igual, no son la misma moneda (unidad monetaria). Nosotros creemos que dentro de un mismo signo monetario, todas sus unidades son fungibles entre sí (entendiendo que el dinero está formado por unidades monetarias idénticas y, por lo tanto, intercambiables y equivalentes todas ellas entre sí).

Por otra parte, debemos señalar que, no obstante la distinción conceptual existente entre las obligaciones de dar bienes fungibles y las de dar bienes inciertos, el Código Civil peruano de 1984 no reguló aquellas, ya que entiende que no existe razón valedera para regir de manera diferente ambos tipos de obligaciones. Señala Bibiloni, autor del Anteproyecto de Reforma del Código Civil argentino de 1929, a los efectos jurídicos que se tienen en cuenta, no interesa que las cosas debidas sean fungibles o no fungibles; pues la indeterminación que resulta del título debe cesar en la misma forma en uno y otro caso. Agrega que las operaciones de pesar o medir, como forma de individualizar, corresponden a la ejecución de la obligación, y, por otra parte, se aplican igualmente a las obligaciones de cosas no fungibles. En tal sentido, resulta pertinente recoger la opinión de Jorge Joaquín Llambías (p. 152), cuando señala que en nuestro tiempo ha desaparecido la categoría de las obligaciones de cantidad, que quedan subsumidas en la clase más amplia de las obligaciones de género; respondiendo esta supresión al criterio apropiado, ya que es innegable que las obligaciones de cantidad son también relativas a un género, por lo que no hay inconveniente en regirlas por las disposiciones referentes a estas últimas.

Por otra parte, debemos diferenciar también a los bienes inciertos de los bienes futuros. Los bienes futuros se asemejan a los determinables en que en ambos casos existe incertidumbre, pero mientras los bienes inciertos pueden ser existentes o no, los bienes futuros son –respecto del contrato celebrado o la obligación originada– inexistentes (aunque puedan tener existencia material) (CASTILLO FREYRE, pp. 148 a 159).

Debemos distinguir también a las obligaciones de dar bienes inciertos, de aquellas obligaciones consistentes en dar cantidades de cosas. Estas últimas no han merecido un tratamiento específico dentro de nuestro Código Civil, tal como sí lo han merecido en otros cuerpos legislativos, como es el caso del Código Civil argentino, en sus artículos 601 a 605. Según Eduardo B. Busso (p. 193), comentarista de dicho Código, "llamamos cantidades de cosas –dice Savigny, a quien transcribe la nota del codificador– a aquellas que no tienen, en los límites de un género determinado, ningún valor individual, en forma tal que para ellas todo valor solo es determinado por el número, peso o medida, y es indiferente la distinción individual". No obstante la omisión del Código Civil peruano respecto de la regulación de esta clase de obligaciones, entendemos nosotros que las mismas se solucionan por los principios generales que regulan el tema de las obligaciones de dar bienes inciertos. Adicionalmente, debemos señalar que la doctrina moderna tiende a regular ambas clases de obligaciones bajo el mismo régimen (p. 376).

Es necesario también, en este punto, efectuar una distinción entre las obligaciones de dar bienes inciertos y las obligaciones alternativas. Este tema, que en nuestros días no merece mayores dificultades, no siempre siguió el mismo camino. Pruebas de la confusión de ideas que ha generado el punto son las expresiones que al respecto vierte el famoso Giorgi (p. 460).

Por su parte, José León Barandiarán (pp. 38 a 40) sí establecía una distinción entre ambos tipos de obligaciones:

> "La obligación genérica importa situación distinta a la obligación alternativa.
>
> En la obligación genérica el deudor presta una cosa dentro del grupo a que la misma pertenece. En la obligación alternativa el deudor presta una de las varias cosas debidas. En la última, pues, todas las cosas que constituyen el objeto de la convención son debidas, están *in obligatione;* en la primera ninguna cosa es debida, ninguna está *in obligatione* antes de la respectiva individualización. De aquí que la obligación resulta extinguible tratándose de la alternativa, cuando las dos o todas las varias cosas

que forman el contenido de la misma se pierden fortuitamente; lo que no sucede tratándose de la obligación de cosa indeterminada, que solo podría devenir inexigible cuando toda la especie hubiese desaparecido. La nota de individualización o concentración opera en la obligación de cosa señalada únicamente en su especie; lo que no tiene lugar en las obligaciones alternativas. La determinación propia de los dos o de los varios objetos prometidos, caracteriza a la obligación alternativa; lo cual no ocurre con la obligación de dar cosa indeterminada, pues en esta última, la indeterminación en cuanto al objeto de la obligación, es lo que identifica a esta misma, por más que en esa indeterminación quepa una relatividad mayor o menor, según las circunstancias. Tales características, propias de cada una de las dos clases de obligaciones antes referidas, impiden el confundirlas. No obstante, el funcionamiento de una y otra puede asociarse, como lo indicamos en otro lugar".

También son de interés los términos que al respecto expresa Antonio Hernández Gil (p. 132), cuando sostiene que "media una importante diferencia derivada de que, en las genéricas, las varias posibilidades de la prestación están entre sí unidas por la común pertenencia al género, de manera que este dota al objeto de la obligación de homogeneidad, mientras en las obligaciones alternativas las posibilidades de la prestación pueden ser entre sí heterogéneas –por ejemplo, deber la finca rústica X o un millón de pesetas–, lo cual no significa que falle toda idea de unidad, pues concurre desde otro punto de vista". En tal sentido, también se pronuncian Cazeaux y Trigo Represas (p. 542), cuando señalan que, en este tipo de obligaciones y en las alternativas, lo que debe darse está supeditado a una elección; diferenciándose las dos fundamentalmente en cuanto al ámbito dentro del cual debe hacerse la elección, pues mientras en la obligación de dar cosas inciertas no fungibles la elección comprende a toda una especie, en la obligación alternativa está –como dicen los autores– *per se contemplatae*. Agregan ellos que, como ha hecho notar Castán Tobeñas, en la obligación alternativa las prestaciones a elegir pueden ser de distinta especie, lo que constituye una característica distintiva más.

Por nuestra parte, debemos señalar que no deben confundirse las obligaciones de dar bienes inciertos con las obligaciones alternativas. En las primeras, nos encontramos frente a una obligación de objeto único, es decir, de una sola prestación, la misma que consiste en entregar un bien, que deberá ser elegido de entre la especie a la que pertenece; lo que equivale a decir que lo escogido para entregar debe ser un bien entre varios, pero dentro de una sola prestación. En cambio, en las obligaciones alternativas, observamos a una obligación con objeto plural, vale decir que comprende dos o más prestaciones de dicho carácter. En las obligaciones alternativas, lo elegido deberá ser una de las prestaciones entre todas ellas; no un bien.

Sin embargo, existe un supuesto en el cual se mezclan los conceptos de las obligaciones de dar bienes inciertos, con aquellos de las obligaciones alternativas: cuando nos encontramos frente a una obligación con prestaciones alternativas, en la cual la prestación elegida para efectuar el pago sea una de dar bienes inciertos, caso en el que será necesario efectuar una segunda elección, esta vez ya no referida a prestación alguna (pues esta ya se escogió), sino relativa a la elección del bien que dentro de la especie a la que pertenece servirá para la ejecución de la prestación elegida.

También debemos señalar que en nuestro medio se ha sostenido que el tratamiento que efectúa el Código Civil peruano de 1984, respecto a este tipo de obligaciones, deviene en incompleto y, por tanto, en deficiente (GAGO PRIALÉ, pp. 64 y siguientes).

Nosotros no compartimos tal planteamiento, dado que la tendencia moderna de la legislación y la doctrina es regular el tema de las obligaciones genéricas, prácticamente con los

preceptos de las obligaciones de dar bienes inciertos. Esto porque, a la materia de las obligaciones de dar cantidades de cosas, le es de entera aplicación el conjunto de principios que informan a las obligaciones de dar bienes inciertos; porque las obligaciones de dar bienes fungibles no requieren –prácticamente– de ninguna regulación, ya que los problemas que pudieran suscitar se resuelven por las reglas del Derecho común, derivadas de su naturaleza; y, por último, las obligaciones alternativas son reguladas juntamente con las facultativas, y ambas, con las conjuntivas, constituyen el rubro que clasifica a las obligaciones por la pluralidad de objetos.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Volumen II, Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado, Tomo III, Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Volumen II. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921; BECERRA TORO, Rodrigo. Obligaciones Civiles. Fuentes y Formas. Editorial Temis, Bogotá, 1987; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1951; CASTILLO FREYRE, Mario. El bien materia del contrato de compraventa. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, tomo II, Volumen I. Bosch, Barcelona, 1950; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; GAGO PRIALÉ, Horacio. Obligaciones Genéricas en el Código Civil peruano. En: Thémis. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 6. Lima, marzo de 1987; HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones. Centro de Estudios Universitarios Ramón Aceres. Editorial Ceura, Madrid, 1983; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943; LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario, Tomo I, Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en General, Tomo I. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Solo una cosa determinada en cuanto a su especie puede ser objeto de los contratos

El objeto en los contratos se refiere a todas las cosas, prestaciones y servicios que no están fuera del comercio de los hombres y que sean posibles, pues objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie, o determinable, sin necesidad de un nuevo contrato; así, está prohibido contratar sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto (artículos 1405 y 678 del Código Civil) (Cas. Nº 2248-1999-Tacna).

Reglas para la elección de bien incierto

Artículo 1143.- *En las obligaciones de dar bienes determinados solo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.*

Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media.

Concordancias:
C.C. arts. 758, 1162, 1407, 1408

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

1. Elección en los bienes inciertos

El artículo 1143 del Código Civil peruano de 1984 dispone en su primer párrafo que en caso que la obligación verse sobre bienes determinables de los cuales haya que escoger alguno de ellos para cumplir con su entrega, la elección corresponderá al deudor de dichos bienes. Esta situación responde a la necesidad de las cosas, puesto que es el deudor quien precisamente se encuentra en directa relación con los bienes dentro de los cuales hay que escoger alguno(s) y es quien de manera más rápida y efectiva puede realizar dicha elección, sin incurrir en mayores gastos.

Naturalmente, tal como lo establece la ley, podría ocurrir que no sea al deudor a quien corresponda efectuar dicha elección, si esto se dedujese de la propia ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. De no corresponder al deudor la elección del bien, ella la hará el acreedor o un tercero, al cual las partes de común acuerdo hubiesen encomendado tal misión. Cualquiera de estas dos últimas situaciones es perfectamente posible, ya que estaríamos dentro del campo de la autonomía de la voluntad, referente a la libertad contractual o de configuración interna de las estipulaciones de un contrato (LEÓN BARANDIARÁN, pp. 41 y 42).

Pero el punto que despierta mayor interés en el artículo 1143 es el relativo a los requisitos que debe reunir el bien a escoger en relación con quien efectúe la elección: si se tratase del deudor, este deberá escoger bienes de calidad no inferior a la media; si correspondiese al acreedor, deberá escoger bienes de calidad no superior a la media; y, por último, si correspondiese a un tercero, este deberá escoger bienes de calidad media. Esta norma tiene carácter dispositivo, permitiendo su derogación por convención en contrario. Esta opción es asumida por la generalidad de la doctrina, aunque no necesariamente de manera tan precisa. Así, tenemos la opinión de Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón (p. 207), quienes sostienen que cuando la obligación consista en la entrega de una cosa genérica, cuya calidad y circunstancias no se hayan expresado, el acreedor no podrá exigir una cosa de la calidad superior, ni el deudor entregarla de calidad inferior.

Antes de efectuar cualquier consideración al respecto, debemos tratar de absolver la siguiente pregunta: ¿qué debe entenderse por calidad media?

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

La respuesta a esta interrogante no es fácil. Para ilustrar la complejidad del asunto, vamos a citar los conceptos que al respecto vierten Alterini, Ameal y López Cabana (p. 95):

> "¿Qué se entiende por 'calidad media'? Nosotros compartimos el criterio de Greco: de existir siete tipos de calidades –por ejemplo–, no podría el acreedor elegir cosa de la calidad Número 1, ni el deudor cosa de la calidad Número 7, pero podría el acreedor elegir cosa comprendida en las calidades 2 y 3, y el deudor cosa comprendida en las calidades 6 y 5. No cabe concluir –agrega– que ambos deban elegir, cuando esa facultad les corresponda, cosa de la calidad Número 4. O sea que, por calidad media, se entienden las cosas 'comprendidas entre la mejor y la peor'; solo se excluyen, pues, la mejor y la peor, según sea quien elige".

Por nuestra parte, debemos expresar que no compartimos los conceptos antes citados, pues creemos que aquella –la de definir por exclusión– resulta la manera menos certera de establecer qué debe entenderse por *calidad media*, además de no solucionar nada –por la vaguedad de sus conceptos y de las categorías que pueden, en tal hipótesis, estar comprendidas en ella–.

Para empezar a tratar de resolver el problema, en primer lugar, vamos a recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Aquí se nos dice (p. 242) que *calidad* es la "propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa, que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie".

De la definición señalada extraemos una primera conclusión en el sentido de que solo podemos hablar de *calidad*, en el punto materia de análisis, cuando estemos ante bienes de la misma especie, propios de una obligación con prestación de dar bienes indeterminados.

Pero en realidad no hemos aún despejado el problema central que nos trae el tema de la calidad, ya que más allá de la definición de este término no hemos precisado cómo podemos apreciar la calidad de un bien.

En tal sentido, consideramos que no existe un criterio único destinado a otorgar una categórica respuesta a esta interrogante. Debemos analizar cada caso en particular para ver qué debe entenderse por calidad de un bien.

Para ello vamos a utilizar varios ejemplos, a nuestro entender suficientemente ilustrativos.

Si la obligación con prestación de dar un bien incierto consiste en dar un libro de la biblioteca de Derecho del deudor, si este debe realizar la elección, tendrá que escoger un libro de calidad no inferior a la media; si le corresponde al acreedor, uno de calidad no superior a la media; y si le corresponde a un tercero, un libro de calidad media.

En primer lugar, para el caso anotado, consideramos que debería tenerse presente el elemento del justo precio o valor de los libros que forman dicha biblioteca. Definitivamente, si la gran mayoría de libros oscila en un valor de 60.00 soles, por ejemplo, tal será el valor medio.

Sin embargo, cabe tener en cuenta, además, la calidad del material con que están confeccionados dichos libros. Por ejemplo, si la gran mayoría están empastados y solo algunos revisten una calidad inferior o superior a la señalada, dicha calidad de encuadernación será la calidad media.

Pero todo no queda allí; también habrá que considerar la calidad de las hojas de los libros para llegar a similares conclusiones.

Y por si fuera poco, no olvidemos que, tratándose de libros, lo fundamental para determinar la calidad media de los mismos será conocer su contenido.

De modo tal que, para pronunciarnos sobre un libro de calidad media de esa biblioteca de Derecho, deberemos efectuar un análisis múltiple, considerando los criterios mencionados y algunos otros que resulten complementarios y de utilidad para tales efectos.

Resulta pertinente, en este punto, citar las palabras de Karl Larenz (pp. 163 y 164) "(...) el deudor ha de entregar una cosa 'de la especie y calidad medias (...)', y, en tanto otra cosa no se haya estipulado, puede elegir el objeto o la cantidad determinada que el acreedor debe recibir; pero desde luego no podrá escoger objetos de peor calidad o –en caso de que la clase no esté determinada– de la clase más inferior. Las cosas entregadas han de corresponder al tipo medio de su género. Pero el mismo género puede estar más o menos delimitado; se pueden vender, por ejemplo, coles de una cierta clase; o, sencillamente, coles, huevos de cierto peso, o sencillamente huevos. En el primer caso la prestación ha de corresponder al promedio de esta especie o clase; en el segundo, únicamente a aquel de la totalidad del género de la mercancía de que se trate. Si los objetos entregados no son de especie y calidad media, el acreedor no está obligado a aceptarlos como cumplimiento de la obligación. Pero si corresponden a clase superior a la media, por el hecho de haberlos elegido y entregado el deudor, son ya los únicamente debidos (...); en este último supuesto no se tendría en cuenta una reclamación basada en que dichos objetos no eran los adeudados.

La relación obligatoria 'se limita' a los objetos concretos elegidos por el deudor (o la cantidad determinada separada) cuando este ha hecho por su parte lo necesario para cumplir la prestación. De esta forma, queda definitivamente determinado el objeto de la prestación que hasta ahora era relativamente indeterminado: por consiguiente, la deuda pierde su anterior carácter de obligación genérica y se transforma en una obligación de cosa determinada. Este hecho se denomina 'concentración' o 'concreción' de la obligación genérica (o más exactamente: del objeto de la prestación). Y como consecuencia, el perecimiento sin culpa del deudor que se produzca de ahora en adelante de los objetos elegidos libera a aquel (...) no es aplicable ya desde este momento".

Hasta aquí las expresiones de Larenz.

De lo mencionado podemos observar que no resulta fácil definir qué se entiende por calidad media de un bien. Para obtener un resultado acorde a la definición citada de la Real Academia de la Lengua Española, deberemos tener extremo cuidado para combinar adecuadamente todos los criterios expuestos.

Debe advertirse, contra lo que muchas veces se adopta como creencia generalizada, que el precio de un bien no siempre está en directa relación con sus cualidades, ya que un bien de excelentes cualidades y materiales de construcción o elaboración, puede tener un precio de mercado (valor) inferior al de otros bienes de su misma especie.

Para ilustrar nuestra afirmación, vamos a señalar un ejemplo ya clásico en la historia de la aviación comercial. Durante la década de los años sesenta del siglo XX, en la que se produjo el auge de los aviones comerciales a retropopulsión (*jets*), que sustituyeron a los turbohélices, se fabricaron tres aviones construidos por firmas distintas, en apariencia con similares características externas, pero que alcanzaron destinos muy diferentes. En primer lugar, el Boeing 707, fabricado por la Boeing Aircraft Corporation; en segundo lugar, el McDonnell Douglas DC-8, fabricado por la McDonnell Douglas Corporation; y por último, el Convair 990, producido por la empresa General Dynamics, al igual que las dos anteriores, estadounidense.

Fue muy conocido el hecho de que el avión fabricado por la tercera empresa revestía materiales de altísima calidad y acabados de producción más finos que los dos primeros. Sin embargo, el éxito comercial de estos dos fue enormemente superior al del tercero, pues los Boeing 707 y MD/DC-8 se produjeron por centenares durante tres décadas (se dejaron de fabricar hace aproximadamente 25 años). A pesar de ser un avión de *mayores calidades,* no resultó el Convair 990 uno de mayor éxito comercial ni de más aceptación entre las empresas de aviación comercial. Esto llevó a que los equipos de sus dos competidores fueran altamente cotizados, mientras que de dicha aeronave solo se fabricaron algunas decenas de unidades, que años más tarde terminaron casi en su integridad al servicio de una compañía de *charter* española, en tanto sus dos competidores seguían –y siguen– surcando los cielos del mundo entero.

A pesar de no tratarse de equipos de última generación, hoy en día, y desde hace ya muchos años, un avión DC-8 o un 707 vale muchísimo más que un Convair 990, a pesar de que nadie discute las calidades de este último aparato. Sencillamente fracasó por tener menor capacidad de pasaje, por la calidad de algunos de sus componentes, que originaban mayores costos de mantenimiento, y por el alto consumo de combustible.

Ahora bien, si hoy en día se celebrase una compraventa con la obligación de dar un bien incierto consistente en un *jet* cuatrimotor producido en los años sesenta, y tuviese que elegir la compañía deudora (supuesto solo admisible con fines didácticos), ciñéndose a los criterios de calidad exclusivamente, es evidente que elegiría al avión Convair 990, por ser el más barato, pero aduciendo en defensa de su elección que se trata del aparato de la mejor calidad, lo que en estricto resulta indiscutible. Y si la elección estuviese a cargo del acreedor, sin duda elegiría cualquiera de los otros dos (que resultan ser los más costosos), pero ampararía su elección en el argumento de que constituyen aviones de la calidad media de dicho conjunto de tres.

Nuestro ejemplo, históricamente cierto, refleja claramente los peligros que implicaría adoptar criterios estrictos respecto de la calidad de un producto, sin tener en consideración su valor comercial (precio). Así, podría resultar, del primero de nuestros ejemplos, un caso injusto el hecho de que el deudor elija un libro muy bien encuadernado y de papel de muy buena calidad, pero de un contenido a todas luces deficiente.

Para el caso de la calidad de los bienes sería de aplicación aquel anónimo refrán que reza: *no todo lo que brilla es oro.*

Sin embargo, antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 1143, debemos decir que será fácil su aplicación mientras nuestro universo o especie sea de un número reducido, mas no lo será si fuese muy grande. Por ejemplo, si me obligo a entregar un cuadro, ¿cuál es la calidad media de entre todos los cuadros del mundo? Escoger un cuadro de calidad media sería prácticamente imposible. Distinto sería el caso de un cuadro pintado por Fernando de Szyslo. Aquí sí podría determinarse la calidad media.

Si me obligo a entregar un caballo de carrera, sería imposible determinar la calidad media de todos los que corren en el mundo; pero sería sencillo, en cambio, determinar la calidad media de todos los que corren en el Hipódromo de Monterrico, en razón de existir datos estadísticos fidedignos que reflejan el rendimiento de cada ejemplar.

No obstante estas reflexiones, que nos conducen a estar –en algunos casos– frente a la imposibilidad práctica de aplicar el criterio de la calidad media, debemos concluir que cuando se trata de una especie muy amplia, es necesario circunscribir nuestras consideraciones respecto de la calidad media, al ambiente geográfico donde se ha pactado o donde se cumplirá

la prestación, pues de lo contrario, sería impracticable la aplicación de la elección del bien que se tuviese que entregar. Pero aun así podría resultar imposible la aplicación del criterio de la calidad media. No obstante ello, en estos casos el elemento *valor* jugará un papel extremadamente importante.

2. Carácter de la función del tercero encargado de la determinación del bien

Antes de emitir nuestra propia opinión sobre la naturaleza jurídica del tercero encargado de la determinación del bien, consideramos necesario efectuar algunas apreciaciones acerca de las diversas tendencias de opinión sobre el particular, básicamente extraídas del estudio que la doctrina hace del tercero al cual las partes encargan la determinación del precio en un contrato de compraventa.

a) **Árbitro.-** En primer lugar analizaremos la posición que sostiene que se trata de un árbitro.

Hasta hace veinte años, la palabra *árbitro* (Real Academia de la Lengua Española, p. 182) no tenía en nuestra lengua española, por sí sola, una connotación jurídica.

En el vocablo *juez* (Real Academia de la Lengua Española, p. 801), encontrábamos en el término *juez arbitrador* la siguiente definición: "aquel en que las partes se comprometen para que por vía de equidad ajuste y transija sus diferencias. El designado por las partes litigantes, y que ha de ser letrado, pero no juez oficial para fallar el pleito conforme a derecho. Amigable componedor. Compromisario". En el vocablo *arbitrio* (Real Academia de la Lengua Española, p. 118), solo se hacía referencia al arbitrio judicial, mas no al voluntario.

Sin embargo, en la última edición del Diccionario de la Lengua Española, se indica que *árbitro* es:

"(...) 2. Persona que, como autoridad reconocida o designada por las partes, resuelve un conflicto o concilia intereses (...) 5. m. **Der. arbitrador**".

Por otra parte, debemos precisar que el contrato de arbitraje o compromiso arbitral básicamente está destinado a suplir la función del Poder Judicial.

La función supletoria del arbitraje debe revestir similar carácter que la del Poder Judicial, y a este último los particulares podrán recurrir cuando consideren tener una pretensión que exigir, amparada esta última por un derecho, mas no se podría recurrir a él (ni tampoco al procedimiento arbitral) si lo que se tiene no es la pretensión de un derecho, sino la voluntad de concluir el contenido de un acto jurídico.

Como dicen algunos autores franceses, los Tribunales no tienen como función ayudar a las partes a contratar. Para ello no han sido establecidos, ni tampoco con ese fin se ha instituido el compromiso arbitral. Los Tribunales y los árbitros tienen, entre otras funciones, la de dirimir sobre las diferencias de las partes en cuanto a la ejecución de las obligaciones propias de los contratos ya celebrados por ellas, pero nunca podrán intervenir en la conclusión de los mismos.

Queremos dejar en claro que el tercero designado por las partes no puede ser considerado árbitro, ya que es función que no le corresponde.

b) **Perito.**- Respecto a la opinión que sostiene que el tercero debe ser considerado un perito, no podemos ser tan concluyentes como con la posición anterior, ya que el problema reviste diversos matices.

El tercero podrá desempeñar su función dependiendo de algunas consideraciones, como por ejemplo, la misión que le han encomendado las partes y sus conocimientos respecto del bien cuyo valor va a determinar; y esta misión podrá consistir en un mero arbitrio o en un arbitrio de equidad.

Así, el tercero podrá ser designado por las partes exclusivamente en razón de la confianza y credibilidad en su persona, por ejemplo, que un hermano venda a otro un libro de Derecho –entre varios libros de Derecho Civil–, y, al no ponerse de acuerdo sobre cuál de ellos constituirá el objeto de la venta, pero deseando concluir el contrato, se pongan de acuerdo para que la madre de ambos escoja el libro. Será evidente que los hijos habrán recurrido a la madre a fin de que a criterio suyo elija dicho libro, pero los hijos no habrán contratado en el entendido de que la madre hará una apreciación fundamentada en sus conocimientos respecto de los valores objetivos de textos similares al que es objeto de dicho contrato. Los hijos se habrán remitido a su mero arbitrio.

Distinto sería el supuesto en el cual los hijos remitiesen la elección del libro vendido a una persona que ocupase, en ese momento, el cargo de jefe de compras de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ya que esta persona tiene la capacidad y conocimientos suficientes para determinar el libro con carácter equitativo, debido a que, dada su versación en la materia, podrá calcular, de manera bastante aproximada, cuál de ellos es de la calidad promedio. Será evidente que los hermanos habrán querido remitirse a su arbitrio de equidad o arbitrio *boni viri*.

Retomando la posición que sostiene que la función del tercero es la de un perito, queremos señalar que no siempre se dará esta característica en el tercero. Sin embargo, sería susceptible de presentarse en caso de que las partes remitan su decisión al arbitrio de equidad, precisando que además dicho tercero deberá reunir los conocimientos suficientes como para ser considerado un experto en la materia.

Es necesario aclarar que nunca podrá ser considerado perito el tercero elegido por las partes tomando en consideración, exclusivamente, sus cualidades personales y no técnicas.

c) **Arbitrador.**- Esta posición es sostenida –aunque respecto del precio en el contrato de compraventa– por un sector minoritario, pero importante de la doctrina.

Los autores que la propugnan se basan, fundamentalmente, en una distinción hecha por Luis Díez-Picazo. Esta solo es recogida explícitamente en nuestro país por Manuel de la Puente y Lavalle, ya que los otros autores que mencionan el término arbitrador no fundamentan dicho criterio.

Por nuestra parte, consideramos que la distinción entre *árbitro* y *arbitrador* no puede ser hecha válidamente en cuanto a nuestro idioma se refiere. Sin embargo, creemos que la distinción efectuada por la doctrina reviste validez. En tal sentido, *arbitrador* será el tercero cuya decisión, sin formar parte de un procedimiento arbitral, venga a definir o complementar aquellos puntos sobre los cuales las partes contratantes todavía no se hayan puesto de acuerdo, mientras que *árbitro* sería la persona

designada por las partes para que resuelva una controversia surgida entre ellas, derivada de la ejecución de sus obligaciones contractuales.

En tal sentido, el arbitrio a que se refiere la última parte del segundo párrafo del artículo 1143 del Código Civil peruano sería efectuado por arbitradores, los que podrían ser meros arbitradores o arbitradores de equidad (artículos 1407 y 1408 del Código Civil).

d) **Mandatario.-** Consideramos a esta posición como correcta, debido a que cuando las partes delegan en un tercero la función de elegir el bien a entregar, y este tercero acepta tal misión, estaremos en presencia, sin lugar a dudas, de un contrato de mandato, el cual es definido por el artículo 1790 del Código Civil, como aquel por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante.

En nuestro caso, no habría uno sino dos mandantes (ambos contratantes), y uno o más mandatarios (el o los terceros).

En efecto, el supuesto bajo análisis reviste como característica fundamental el ser un mandato con representación, ya que la determinación del bien por parte del tercero surtirá efecto entre las partes, desde el momento en que se produzca la elección y su comunicación a estas, y tendrá plenos efectos entre las mismas, tal como si ellas lo hubiesen elegido.

e) **Nuestra posición.-** Luego de analizar cada una de las posiciones que la doctrina ha establecido acerca de la naturaleza jurídica del tercero, queremos precisar ciertos conceptos.

Respecto de la relación existente entre las partes contratantes y el tercero, puede decirse que resulta evidente que se trata de un contrato de mandato, por el cual el tercero es el mandatario y los contratantes son los mandantes. La obligación que asume dicho mandatario es la de escoger el bien determinable y hacerlo determinado, para su posterior entrega.

Debe quedar claro que el tercero no tiene como función la de celebrar el contrato, pues este ya ha sido concertado por los contratantes.

Luego de constatar cuál es la relación existente entre el tercero y los contratantes, debemos precisar la función que cumple el tercero como mandatario de aquellos.

En primer lugar, debe descartarse que se trate de un árbitro, por los fundamentos expuestos cuando analizamos tal posición doctrinaria.

En segundo término, y tal como ha sido señalado por nosotros, admitimos la posibilidad que se trate de un perito, en el supuesto que se le hubiese confiado una decisión equitativa y basada en criterios eminentemente técnicos (supuesto de arbitrio *boni viri*).

Por último, hemos sostenido la posibilidad, efectuando una distinción entre los términos *árbitro* y *arbitrador*, que se trate de este último.

En conclusión, opinamos que tres de las cuatro posiciones doctrinarias revisten certidumbre, pero que ninguna de ellas, por sí sola, puede esclarecer por completo el problema que afrontamos.

Nos explicamos:

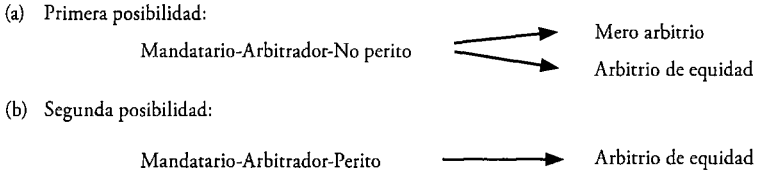
Respecto al contrato que liga al tercero con los contratantes, al tratarse de un mandato, es claro que dicho tercero resulta siendo un mandatario. Pero como el mandatario debe cumplir con aquellas pautas establecidas en el contrato celebrado con sus mandantes, precisamente esta función será una de arbitrio (fuera de un procedimiento de arbitraje), tratándose de un arbitrador, mas no de un árbitro.

Siempre dentro de las pautas a cumplir por dicho arbitrador, este podrá ejercer su función o con la más amplia libertad de criterio, dada su falta de conocimientos especializados en la materia, o haciendo una prolija tasación del bien, debido, precisamente, a que posee dichos conocimientos y a que ha sido designado específicamente para tal efecto (es decir, el de actuar como perito), supuesto en el cual la función de dicho mandatario-arbitrador será también la de un perito.

Debemos puntualizar que cuando se trate de un mandatario-arbitrador-no perito, el arbitrio que efectúe podrá ser un mero arbitrio o un arbitrio de equidad, según las instrucciones y cláusulas establecidas en el contrato de mandato.

Si se tratase de un mandatario-arbitrador-perito, estaremos, necesariamente, en presencia de un arbitrio de equidad, ya que las partes contratantes habrán, precisamente, escogido al perito debido a sus conocimientos especializados sobre la materia, los que le llevarán –en criterio de los contratantes– a emitir una opinión equitativa o justa.

Gráficamente podríamos ilustrar nuestra posición de la siguiente manera:



Debe subrayarse, sin embargo, que en cualquiera de las posibilidades anotadas, ese arbitrador deberá escoger bienes de calidad media.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Volumen II, Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado, Tomo III, Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Volumen II. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921; BECERRA TORO, Rodrigo. Obligaciones Civiles. Fuentes y Formas. Editorial Temis, Bogotá, 1987; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1951; CASTILLO FREYRE, Mario. El bien materia del contrato de compraventa. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis,

Bogotá, 1978; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo III. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, tomo II, Volumen I. Bosch, Barcelona, 1950; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; GAGO PRIALÉ, Horacio. Obligaciones Genéricas en el Código Civil Peruano. En: Thémis. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 6. Lima, marzo de 1987; HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones. Centro de Estudios Universitarios Ramón Aceres. Editorial Ceura, Madrid, 1983; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943; LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f; Real Academia de la Lengua Española. Diccionario, Tomo I, Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en General. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

Plazo para la elección y personas que deben practicarla

Artículo 1144.- *A falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.*
Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección debe practicarla el acreedor.
Si la elección se confía a un tercero y este no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquel el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

Concordancias:
C.C. arts. 182, 1162, 1407, 1408

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

El artículo 1144 del Código Civil peruano de 1984 regula lo relativo al plazo para la elección del bien.

Resulta supuesto importante que las partes designen de común acuerdo el plazo en que deba realizarse la elección del bien; pero a falta de dicho pacto, el Código establece que, en primer término, corresponderá al juez fijarlo.

Se señala adicionalmente que, si la elección correspondiese al deudor y este no la efectuase dentro del plazo establecido (por pacto o por mandato judicial), dicha elección corresponderá efectuarla a su contraparte, vale decir, al acreedor. Regla inversa se aplica para el caso en que sea el acreedor quien debía efectuar originalmente la elección y omitiese realizarla.

El principio descrito en el párrafo precedente nos parece sumamente justo, pues al no utilizar la oportunidad el contratante a quien correspondía efectuar la elección del bien, resultará equitativo que la misma pase al otro contratante. Además, esta situación no implicará una desventaja para la parte que pierde tal derecho de elección, ya que su contraparte deberá efectuarla en estricto cumplimiento de lo previsto por el artículo 1143 del Código Civil.

Si la elección se confía a un tercero y este no la efectúa, el Código establece que la haga el juez. Esta norma nos parece inadecuada, al estar formulada en términos tan amplios, por las consideraciones esgrimidas en torno al segundo párrafo del artículo 1143 del Código Civil. El juez –sobre todo en nuestro medio– no revestirá por lo general las calidades del tercero escogido por las partes contratantes para hacer la elección. Si bien es cierto que el juez podría recurrir al auxilio de peritos, también es verdad que estos pueden carecer de las características e idoneidad profesional y moral del tercero antes escogido. Por ello, consideramos que la solución dada al tema por uno de los coautores de este trabajo (que recogiera más tarde –en 1981– la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936), era más adecuada, pues establecía que en caso de que el tercero no pudiera practicar la elección, o se negara a ello, la obligación se extinguía, sin perjuicio del derecho de las partes a exigirle el pago de la indemnización correspondiente, cuando a tal elección se hubiese comprometido y no la efectuase por su culpa.

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

Por todo ello, y a pesar de que la solución del Código Civil (a iniciativa de la Comisión Revisora) está destinada a preservar los efectos del contrato (filosofía adoptada en varios preceptos del Código), no estamos de acuerdo con el contenido del último párrafo del artículo 1144.

Asimismo, debemos afirmar la evidencia de que si el tercero que no realiza la elección no había aceptado su designación o la desconocía, no estaría obligado a sufragar indemnización alguna.

Por último, precisa aclarar que el hecho de que la elección la pueda realizar el juez no obsta a que las partes que delegaron un mandato en dicho tercero para efectuar la elección, le puedan reclamar una indemnización de daños y perjuicios, si los hubieran sufrido por efecto de su incumplimiento contractual.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Volumen II, Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado, Tomo III, Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Volumen II. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921; BECERRA TORO, Rodrigo. Obligaciones Civiles. Fuentes y Formas. Editorial Temis, Bogotá, 1987; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1951; CASTILLO FREYRE, Mario. El bien materia del contrato de compraventa. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo III. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, tomo II, Volumen I. Bosch, Barcelona, 1950; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; GAGO PRIALÉ, Horacio. Obligaciones Genéricas en el Código Civil Peruano. En: Thémis. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 6. Lima, marzo de 1987; HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones. Centro de Estudios Universitarios Ramón Aceres. Editorial Ceura, Madrid, 1983; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943; LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario, Tomo I, Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

Irrevocabilidad de la elección

Artículo 1145.- ***La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez, surte iguales efectos.***

Concordancia:
C.C. art. 1163

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

1. Manera como se efectúa la elección

De acuerdo con Alterini, Ameal y López Cabana (p. 94), existen diversas teorías en relación a la manera como se verifica la elección del bien que lo transforma de indeterminado en determinado. Así, los autores citados señalan que los criterios más difundidos al respecto son los siguientes:

a) Teoría de la separación.- Para quienes sustentan esta teoría, la elección queda perfeccionada con la separación de la cosa de las demás que integran el género, efectuada por quien –según el Derecho– corresponda. Se objeta a esta teoría que dicha separación queda circunscripta al fuero interno del elector, sin ser de conocimiento de la otra parte.

b) Teoría de la tradición.- Según esta teoría, la elección se perfecciona con la entrega de la cosa al acreedor.

c) Teoría de la declaración aceptada.- Conforme al criterio de Salvat, que –según Alterini, Ameal y López Cabana– postula esta teoría, la elección se perfecciona cuando la declaración del elector es aceptada por la contraparte.

d) Teoría de la declaración recepticia.- Para esta teoría, la parte que tiene derecho a efectuar la elección la exterioriza mediante su declaración de voluntad, que debe llegar a conocimiento de la contraparte, momento en el cual queda perfeccionada la elección.

2. Carácter irrevocable de la elección

Por nuestra parte, sobre la base del artículo 1145 del Código Civil peruano, podemos afirmar que la elección efectuada por el acreedor o el deudor tiene carácter de irrevocable luego de ejecutada la prestación (teoría de la tradición). Dicha irrevocabilidad también se produce una vez que la elección es comunicada por la parte que debe efectuarla a su contraparte (teoría de la declaración recepticia). Cuando la practica un tercero o el juez, tendrá carácter de irrevocable una vez comunicada a ambas partes (teoría de la declaración recepticia).

Debemos señalar, sin embargo, que dicha irrevocabilidad no es sinónimo de inmutabilidad o inimpugnabilidad, tal como lo analizamos a continuación.

En principio, estamos en desacuerdo de aquella posición legislativa y doctrinaria que propicia que la decisión adoptada por el tercero sea inimpugnable o inconmovible, ya que si

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

bien las partes se han remitido a la decisión del tercero para que este realice la elección, dicha decisión no necesariamente estará ajustada a Derecho. Por tal razón, de no revestir tal característica, podrá ser impugnada por las partes contratantes o alguna de ellas.

Resulta evidente que la primera opción, sin ser la única (como la establece el Código Civil mexicano de 1927 –artículo 2106–), es que ambas partes impugnen la decisión del tercero.

Sin embargo, este no será el supuesto más frecuente, ya que si la decisión del tercero resulta desproporcionada, será evidente que favorecerá a uno de los contratantes y perjudicará al otro. Por tal razón, será el perjudicado quien usualmente impugne tal decisión.

Para analizar el tratamiento que otorga el Código Civil peruano al respecto, debemos precisar si nos encontramos ante un supuesto de *arbitrium boni viri* o de *arbitrium merum*.

2.1. *Arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad

El Código Civil peruano establece en su artículo 1407 que si la determinación de la obligación (léase objeto de la prestación o prestación misma), que es objeto del contrato, es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo. Sin embargo, el Código Civil no señala las causales de impugnación de la decisión de este tercero, como sí lo hacen otros Códigos Civiles.

Por nuestra parte, pensamos que las causales de impugnación de la decisión de un tercero que deba actuar con arbitrio de equidad son:

a) En el orden de vicios o defectos de la voluntad, y aunándonos al criterio establecido por el doctor Manuel de la Puente (pp. 388 y 389), la decisión del tercero será impugnable cuando se haya producido incurriendo en alguno de los vicios de la voluntad del acto jurídico, vale decir: error, dolo, violencia o intimidación.

b) En lo referente al ámbito del mandato recibido, la decisión del tercero será impugnable en lo que excediese a dicho mandato.

c) En lo que respecta a los vicios o defectos de contenido de la decisión, es decir, en lo que se refiere a la calidad del bien escogido, dicha decisión podrá ser impugnada cuando el bien no sea de la calidad media (cualquiera que sea esta desproporción), ya que al optar las partes contratantes por un arbitrio *boni viri*, buscan que la decisión del tercero contenga la determinación de un bien de tal calidad (argumento del artículo 1143, *in fine*, del Código Civil).

2.2. *Arbitrium merum* o mero arbitrio

Finalmente, para impugnar la decisión de un tercero a quien se le confió tal encargo en el entendido del mero arbitrio, podrán darse las siguientes causales:

a) Cualquier vicio de la voluntad, tal como ha sido señalado por nosotros para el caso del *arbitrium boni viri*.

b) Al igual que para el *arbitrium boni viri*, en este caso la decisión del tercero será impugnable si excediese las facultades conferidas por los mandantes en el poder.

c) En lo que respecta a la calidad del bien escogido por el tercero, la decisión de este solo podrá ser impugnada si el bien no fuese de la calidad media.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Volumen II, Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III, Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Volumen II. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921; BECERRA TORO, Rodrigo. Obligaciones Civiles. Fuentes y Formas. Editorial Temis, Bogotá, 1987; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1951; CASTILLO FREYRE, Mario. El bien materia del contrato de compraventa. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo III. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, tomo II, Volumen I. Bosch, Barcelona, 1950; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; GAGO PRIALÉ, Horacio. Obligaciones Genéricas en el Código Civil peruano. En: Thémis. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 6. Lima, marzo de 1987; HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones. Centro de Estudios Universitarios Ramón Aceres. Editorial Ceura, Madrid, 1983; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943; LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario, Tomo I, Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Tomo I. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

Individualización del bien

Artículo 1146.- *Antes de la individualización del bien, no puede el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa.*

Esta regla no se aplica cuando la elección debe efectuarse entre determinados bienes de la misma especie y todos ellos se pierden sin culpa del deudor.

Concordancias:
C.C. arts. 1142, 1143, 1144

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

Como es sabido, el artículo 1138 del Código Civil peruano trata sobre los diversos casos susceptibles de presentarse respecto de la pérdida del bien con culpa del deudor, con culpa del acreedor o sin culpa de las partes, y todo lo referente a la teoría del riesgo que sustenta el precepto.

Conforme a estas reglas, si el bien se perdiera por culpa del deudor (artículo 1138, inciso 1) su obligación se resuelve y este perdería el derecho a la contraprestación, si la hubiese.

Y esta regla resulta natural, debido a que el bien es uno cierto o determinado, de modo tal que, al perderse, no resulta posible sustituirlo por ningún otro (argumento del artículo 1132).

Distinto es el caso de las obligaciones de dar bienes inciertos o determinables, en los que se deberá señalar, cuando menos, la especie y cantidad de los mismos (artículo 1142). En estos casos si se pierde un individuo de la especie, este hecho no tendrá ninguna significación, ya que quedará intacto el resto de dicha especie, dentro de la cual deberá efectuarse la elección del bien a entregar al acreedor. Si se produce la pérdida de uno de los bienes que constituyen la especie, ello no habrá agotado a esta última, razón por la cual, simplemente el deudor asume la pérdida de dicho ejemplar y continúa obligado a escoger uno dentro de los restantes (si la elección le corresponde a este último).

Como enseña Larenz (pp. 161 y 162): "Cuando es debida una prestación que tenga por objeto una cosa, esta puede estar individualmente determinada –por ejemplo, esta butaca, este vestido, este inmueble– o solo de una forma general, es decir, según las notas de su género o especie, o en atención a su número, cantidad o peso: así, el comprador pide un ejemplar de la 'edición sin notas' del BGB, diez huevos, dos quintales de briquetas, un metro cúbico de leña. En el primer caso, hablamos de deuda de especie o de cosa determinada: solo se debe una cosa cierta y ninguna otra; si aquella se destruye antes del cumplimiento, sin culpa del deudor, este no está obligado a entregar ninguna otra, sino que queda liberado de su deber de prestación (...), que se ha hecho imposible. En el segundo caso, por el contrario, hablamos de deuda genérica. El deudor debe entregar no un determinado ejemplar de la edición sin notas (por ejemplo, aquel que está en el escaparate), sino cualquiera. Se ha obligado a enviarlo al comprador, y si antes de ello el ejemplar que quería entregar se destruye por un incendio en su almacén, y no le queda otro en este, ha de proporcionárselo para cumplir su deber de entrega. Y ello porque al no deber un ejemplar concreto, ahora incendiado, sino cualquier ejemplar, la prestación no se ha hecho imposible mientras exista en el comercio algún ejemplar del libro.

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

Cuando el supuesto es el descrito, el deudor no puede invocar la imposibilidad de cumplir la prestación (...), sino que ha de proporcionarse los objetos o cantidades que le sean exigibles. La deuda genérica (ordinaria) es por ello al mismo tiempo una 'deuda de proporción o procuración de cosa' *('Beschaffungsschuld')*".

En términos de Alfredo Barros Errázuriz (p. 275): "En las obligaciones de género, esto es, en aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado, no tiene aplicación este modo de extinguir, porque el género y la cantidad no perecen: *Genera non pereunt.* Aunque perezcan muchos individuos de la especie, siempre podrá el deudor proporcionarse otros para cumplir su obligación. Así, si Pedro me debe cincuenta fanegas de trigo, deberá entregarme esa cantidad de trigo, aunque le roben o se destruyan las fanegas que tenía destinadas para pagarme, porque su obligación no era darme esas fanegas determinadas, sino en general, cincuenta fanegas de trigo. Tendría que agotarse una especie entera para que llegase el caso de alegar imposibilidad por parte del deudor".

Expresa Héctor Lafaille (p. 463) que este precepto se basa en la regla según la cual el género no perece nunca; de suerte que el deudor no puede invocar la imposibilidad, ya que siempre se podrán conseguir objetos que satisfagan la prestación. O como dice Luis De Gásperi (p. 213): "No recayendo la deuda de dar cosas inciertas no fungibles sobre ninguna cosa considerada en particular, y pudiendo el deudor entregar un objeto cualquiera de la clase media perteneciente al género, obvio es que, pereciendo esta por caso fortuito o fuerza mayor antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito".

No obstante lo señalado, Luis De Gásperi (p. 215) recuerda que Von Thur admite, y solo por excepción, que un género pueda desaparecer en toda su integridad, como por ejemplo, cuando deja de fabricarse una determinada mercadería. "En casos como estos, agrega, el deudor genérico puede eximirse por imposibilidad de la prestación". De Gásperi añade que lo mismo acontecería si una cosa genérica fuese puesta fuera del comercio, caso en el cual el acto sería nulo por tener por objeto una prestación legalmente imposible; mas la inexistencia de la obligación supone la imposibilidad legal, y si el vendedor se hubiese obligado a la entrega de las cosas genéricas puestas fuera del comercio, deberá indemnizar el daño que causare a la otra parte.

Distinto es el caso contemplado por el segundo párrafo del artículo 1146 del Código Civil peruano, según el cual dicha regla no resulta de aplicación cuando la elección deba efectuarse entre determinados bienes de la misma especie y todos ellos se pierden sin culpa del deudor. La citada norma trata sobre las denominadas obligaciones *unum de certis* o *incertum ex certis*. Este es el caso en el cual lo que se pierde no es uno o algunos de los elementos constitutivos de la especie, sino la especie en general, vale decir, toda la especie. Será evidente que si se agota toda la especie, no quedará ámbito dentro del cual efectuar elección alguna. No queda ningún bien y, por lo tanto, no habrá bien que escoger y mucho menos bien que entregar. En palabras de Héctor Lafaille (p. 140), en este caso "Ya no se trata en efecto, de elegir entre todas las que ofrecen ciertos caracteres, y sí de hacerlo entre un grupo de objetos perfectamente especificados. El legado en que se deja como recuerdo un cuadro de la galería o un libro de la biblioteca, etc.; la venta de cualquier caballo de un 'haras'; de cien novillos existentes en la estancia X, etc., pertenecen a esta categoría, de continua aplicación. Es la *obligatio unum de certis*".

En relación a esta clase de obligaciones de género limitado, Luis De Gásperi (pp. 215 y 216) recuerda un ejemplo asumido por Enneccerus del pandectista Kisch, que plantea que "el

que me debe una botella de vino de esta cuba –dice este pandectista– no me debe algo concreto (¿qué botella sería esta?), sino una cantidad de líquido aún por determinar, que ha de tomarse de esa cuba. El vino que se encuentra en la cuba constituye el género determinado por las partes y del cual se ha de extraer el vino que debe entregarse". Así, continúa De Gásperi, "si por caso fortuito se destruye la cuba, el deudor quedará liberado de su obligación, porque se ha extinguido la cantidad limitada de la cual había de salir la prestación". Para Busso (p. 178), la obligación de género no debe confundirse con la llamada *incertum ex certis*, ya que en la primera, la cosa debida ha de tomarse entre un número ilimitado de cosas; mientras que en la segunda, la cosa debida es incierta, pero esa incertidumbre es relativa y es limitada, pues en definitiva la cosa ha de tomarse "entre un número de cosas ciertas de la misma especie", como sería el caso de un caballo de mi estancia.

Agrega De Gásperi, que esta limitación es fundamental para el régimen de los riesgos, pues en ella no se aplica la máxima *genus nunquam perit* y en consecuencia el deudor puede liberarse por caso fortuito. De Gásperi añade que desde el momento en que, por caso fortuito, se extingue la cantidad limitada, de la cual debía salir la prestación, o cuando por otras razones es imposible al deudor sacar de ahí las cosas para la prestación, se presenta un caso de imposibilidad que tiene la virtud de liberar al deudor de su obligación. No obstante lo señalado, De Gásperi sostiene que la obligación *incertum ex certis* no es genérica, porque lo genérico debe ser una categoría ideal con aptitud para comprender ilimitado número de casos particulares.

Como venimos sosteniendo, no estamos de acuerdo con este último principio enunciado por De Gásperi, ya que es este, precisamente, uno de los supuestos de las obligaciones genéricas o de dar bienes inciertos, no debiendo confundirse la incertidumbre dentro de un género limitado, con la certidumbre, ya que por más limitado que sea el género, el bien no revestirá el carácter de cierto, sino desde el momento en que se efectúe la elección del mismo, según los mecanismos establecidos por los artículos 1143 a 1145 del Código Civil peruano. De ahí que De Gásperi, en opinión nuestra, no acierta cuando sostiene, fundándose en el sentido filosófico-jurídico de la expresión *género*, que este supone siempre ilimitado número de posibilidades entre las cuales el deudor deberá actuar, razón por la cual la indeterminación de la prestación debida es también ilimitada, y por eso rige la máxima *genus nunquam perit;* y añade que si la obligación designa un número determinado de posibles objetos, por muy grande que sea ese número, siempre hay una limitación con el concepto de *genus*.

Es del caso señalar que algunos autores, como Alterini, Ameal y López Cabana (pp. 165 y 166), sostienen respecto de la naturaleza jurídica de las obligaciones de género limitado, que estas deben ser consideradas como obligaciones alternativas y no de género, por estimar que el género es un abstracto que no admite límites particulares; siendo por ello que el deudor, en las obligaciones de género, no se libera por caso fortuito, pues siempre puede cumplir la deuda contraída entregando un individuo de la especie pactada. Así, en cambio –sostienen los mencionados tratadistas argentinos–, en las obligaciones alternativas, en las que se cancela la deuda entregando una de las prestaciones debidas, si perecen todas ellas por caso fortuito, el obligado se libera. Agregan dichos autores, por último, que si se analiza prácticamente el tema que nos ocupa, no se encuentra ninguna diferencia entre decir que D le deba a A uno de los cuatro automóviles que se encuentran en su garaje; o que D le debe a A el Chevrolet o el Ford o el Fiat o el Dodge que se encuentran en su garaje, lo que –según ellos– evidentemente conforma una obligación alternativa.

Por nuestra parte, no compartimos el criterio de los juristas citados, pues si bien admitimos que mucho dependerá de la manera como se contraiga la obligación, en un caso estaremos

ante una obligación de dar bienes inciertos dentro de un género limitado, en tanto que en el segundo, estaremos frente a una de carácter alternativo. Creemos que el problema no está en determinar si el género es más o menos limitado o si nos encontramos en presencia de un género ilimitado –supuesto si bien teóricamente asumido como factible, imposible en el campo estadístico o matemático–, sino que él se encuentra en la manera como se obliguen las partes. Podríamos estar frente a una obligación de dar un bien perteneciente a un género en extremo limitado; o también frente a una obligación cuyas prestaciones alternativas sean numéricamente considerables. Sin embargo, la naturaleza jurídica de las obligaciones (de ser de género limitado o alternativas) no estará dada –de manera alguna– por el aspecto cuantitativo ni por la posibilidad de perecimiento del género o de las prestaciones alternativas. Lo importante será el modo o manera en que se ha contraído la obligación. Las restantes consideraciones sobran. Podemos, pues, estar frente a obligaciones de diferente naturaleza, pero semejantes en sus efectos; mas esta situación no nos sitúa frente a obligaciones del mismo carácter. La distinción puede ser sutil en algunos casos, pero no olvidemos que estamos ante las obligaciones, sin lugar a dudas el área más sutil e intrincada del Derecho.

Respecto del género limitado encontramos también la opinión del tratadista argentino Alfredo Colmo (p. 276), quien señala la posibilidad de una limitación tácita sobre el género, en cuya virtud el total perecimiento del mismo puede implicar la disolución de la obligación; precisando qué pasaría si, por ejemplo, se perdiera todo el azúcar de mi ingenio o todo el vino de mi bodega, cuando pruebo que no he entendido prometer otro azúcar o vino; y, en campo más extenso, si el gobierno requisara todo el azúcar o el vino del país, para desobligarme con relación a un comprador extranjero, si demuestro que mi obligación solo podía referirse a vino o azúcar nacionales.

Por su parte, es del mismo parecer Luis María Boffi Boggero (p. 347), quien señala que dentro del concepto de obligaciones de género hay una especie que establece la generalidad dentro de un límite; no es lo mismo decir que vamos a vender un vacuno, que indicar la venta sobre un vacuno de vuestra estancia; ya que en el primer caso es prácticamente imposible que puedan perecer todos los vacunos, mientras que en el segundo es perfectamente posible que se pierdan todos los ejemplares indicados, como sería el caso de una peste, por citar un ejemplo.

Debemos precisar que podría presentarse el problema de saber si estamos frente a una obligación de género o especie ilimitada –aquella regulada por el primer párrafo del artículo 1146 del Código Civil peruano– o si estamos frente a una de género o especie limitada –aquella regulada por el segundo párrafo del numeral 1146–. En tal sentido, resulta valiosa la opinión de Jorge Joaquín Llambías (p. 147) cuando señala que la cuestión de saber si una obligación es de género o de género limitado, depende de la apreciación de las circunstancias de hecho de cada caso, las cuales caen bajo la prudente discreción judicial. Así las cosas, según Llambías, cuando desde la constitución de la obligación aparezcan individualizados los objetos entre los cuales deba hacerse la elección, ella será de género limitado. En cambio, si en el origen de la obligación no media esa individualización, esta será de género.

Agrega Llambías que podría darse el caso en que, aun tratándose de obligaciones aparentemente de género, sin embargo, pudiese demostrar el deudor que de hecho no ha habido objetos individuales para solventar la deuda, por perecimiento de todos ellos después de la constitución de la obligación; recuerda el ejemplo de Colmo, referente al compromiso de un deudor argentino de enviar 5,000 caballos a un acreedor francés o japonés, que quedaría disuelto si el Gobierno argentino, en atención a un estado de guerra, requisase todos los

caballos del país, poniéndolos así fuera del comercio, "pues era tácita la estipulación de que los caballos prometidos debían proceder del país".

Y concluye Llambías señalando que, en suma, si se logra demostrar en los hechos la imposibilidad de pago, esto no destruye el principio para este tipo de obligaciones, sino revela que la considerada obligación de género era, en verdad, de género limitado, pues de otro modo no habrían podido agotarse los individuos del género respectivo, "porque en el sentido filosófico-jurídico de la expresión género, ella supone un ilimitado número de posibilidades entre las cuales el deudor deberá actuar"; agrega Llambías que, naturalmente, tal obligación, producida esa demostración, debe ser tratada de acuerdo con su efectiva naturaleza, esto es, como obligación de género limitado.

Por nuestra parte, expresamos que debe tenerse en cuenta que bastaría la subsistencia de uno de los bienes constitutivos de la especie para que el deudor pueda cumplir con su prestación, la que en este caso tendría por objeto el bien que subsistió.

No obstante lo señalado, debemos precisar que dudamos, por citar un ejemplo, que si la especie fuera una biblioteca incendiada y quedara intacto únicamente el libro más costoso o el menos costoso, el deudor estuviera obligado a entregarlo, pues en este caso no estaríamos ante la denominada por la doctrina *concentración anormal de la prestación* (relativa a las obligaciones de prestaciones alternativas), sino ante obligaciones de dar bienes inciertos (determinables). Además, como resulta obvio, en este supuesto resultaría imposible aplicar el criterio de la calidad media. No obstante ello, dentro del marco del ordenamiento jurídico nacional, la respuesta a la interrogante planteada debería ser afirmativa.

Es preciso manifestar, en adición, que en cuanto fueren compatibles con su naturaleza, las reglas del artículo 1146 del Código Civil peruano serán también de aplicación a las obligaciones de dar bienes fungibles.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Volumen II, Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III, Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Volumen II. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921; BECERRA TORO, Rodrigo. Obligaciones Civiles. Fuentes y Formas. Editorial Temis, Bogotá, 1987; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1951; CASTILLO FREYRE, Mario. El bien materia del contrato de compraventa. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo III. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, tomo II, Volumen I. Bosch, Barcelona, 1950; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; GAGO PRIALÉ, Horacio. Obligaciones Genéricas en el Código Civil peruano. En: Thémis. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número

6. Lima, marzo de 1987; HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones. Centro de Estudios Universitarios Ramón Aceres. Editorial Ceura, Madrid, 1983; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943; Larenz, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario, Tomo I, Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Tomo I. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

Aplicación de reglas sobre bienes ciertos

Artículo 1147.- ***Practicada la elección, se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones de dar bienes ciertos.***

Concordancias:
C.C. arts. 1132 a 1141

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE(*)

La distinción entre el tratamiento de las obligaciones de dar bienes ciertos (artículos 1132 a 1141 del Código Civil peruano) y aquellas de dar bienes inciertos (artículos 1142 a 1146 del mismo Código) responde a la naturaleza de ambas instituciones, la que difiere, pues en el primer caso el bien objeto de la prestación de dar se halla perfectamente individualizado, mientras que en el segundo se encuentra indeterminado, pero resulta determinable, lo que equivale a decir que al momento de la celebración del contrato se desconoce cuál de los elementos constitutivos de la especie pasará en el futuro –luego de efectuada la elección– a constituir el objeto de la prestación de dar.

Pero una vez efectuada la elección, vale decir, una vez conocido y determinado con precisión el bien, este habrá dejado de tener la condición de determinable (o incierto) para haber adoptado la de determinado (cierto), razón por la cual, desde el momento en que se haya efectuado dicha determinación (es decir, desde el momento en que ha cambiado de condición) le deberán ser aplicables distintas reglas. Simplemente le resultarán inaplicables, por su actual condición, las normas sobre obligaciones de dar bienes inciertos y pasarán a ser de aplicación aquellas de dar bienes ciertos. Para llegar a este criterio, en estricta técnica jurídica, no habría resultado necesaria la precisión efectuada en el artículo 1147. Sin embargo, consideramos que dicha norma resulta conveniente, pues las razones antes esgrimidas por nosotros no tienen por qué ser conocidas por la generalidad de personas que utilizan el Código como instrumento de trabajo o estudio. Como señalan los tratadistas españoles Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón (p. 208), la obligación genérica necesita concretarse o especificarse, es decir, convertirse en una obligación específica. Así –agregan–, el deudor ha de entregar la cosa debida, y para ello es precisa su concreción dentro del género a que pertenece. De este modo, señalan los mencionados autores, la transformación de la obligación genérica en específica tiene importantes consecuencias jurídicas, siendo la principal la desaparición del juego de la regla *genus nunquam perit*, y su sustitución por los artículos 1182 y 1183 (del Código Civil español –que en El Peruano serían los numerales 1132 a 1141–), o sea la extinción de la obligación del deudor por perecimiento, destrucción o imposibilidad legal de la entrega de la cosa determinada sin su culpa. Tal vez podría decirse con Llambías (pp. 149 y 150) que, una vez practicada la elección de la cosa a pagar, la obligación *cambia de naturaleza*, pues su objeto ya no es un género, sino una cosa determinada, que se rige por las prescripciones relativas a esta clase de cosas. Por tanto –añade el citado autor– producida esa elección, sin distinguir quién la haya hecho, la obligación se transforma, pasando a ser una obligación de cosa cierta, y queda regida por las disposiciones relativas a esta última clase de obligaciones. Llambías llega a decir que "se da así uno de esos contados casos de novación legal: una obligación queda transformada en otra, de naturaleza distinta, por imperio de la ley que atribuye, a la elección de la cosa a pagar, ese significado". Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con este último extremo de

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

lo señalado por el citado profesor argentino, ya que se trata no de la novación legal de la obligación genérica en una de dar bien cierto, sino que únicamente a partir del momento de la elección, la obligación genérica se regirá por las reglas establecidas sobre las obligaciones de dar bienes ciertos (argumento del artículo 1147 del Código Civil peruano). Así, no es que la obligación haya cambiado de naturaleza, pues la naturaleza de las obligaciones la determina su origen; sino que, dado el desarrollo del proceso de ejecución de la obligación, este impide que la obligación genérica se siga rigiendo por sus reglas propias, y se deberá regular en adelante por las normas de las obligaciones de dar bienes ciertos; pero obsérvese que esto ocurrirá, fundamentalmente, para efectos de la aplicación de la teoría del riesgo.

Resulta evidente, aunque consideramos necesario efectuar la precisión, que la norma del artículo 1147, que aplica a los bienes que fueron indeterminados los artículos 1132 a 1141, lo hace solo hasta que se produzca la entrega del bien, vale decir, dentro de los límites previstos por estos preceptos. Coincidimos en este parecer con José León Barandiarán (pp. 43 y 44).

Podemos concluir con Eugenio Gadea Reidner (p. 70), en que, tratándose de imposibilidad subsiguiente, la única solución que puede dar el Derecho es la de resolver la obligación. Así, diremos que en el caso de las obligaciones con prestaciones de dar, existen tres supuestos diferentes: si el bien pertenece a un *genus illimitatum* (como su nombre lo indica, género ilimitado o bien incierto), no hay nunca la imposibilidad de cumplir la prestación, ya que siempre podrá el deudor sustituir el bien por otro de iguales características. Esta regla es recogida por nuestro Código Civil en su artículo 1146, primer párrafo. Si el bien es determinado (cierto), sí hay imposibilidad de la prestación al perecer este, ya que el deudor no podrá sustituirlo por otro, puesto que no sería aquel al que las partes se han referido y el acreedor ha tenido a la vista. Y si el bien es de un *genus limitatum* (también llamado *unum de certis* o *incertum ex certis*), es decir, que es uno cualquiera de un grupo de bienes, no existirá imposibilidad hasta que todo el *genus* se haga imposible. Es este el principio del artículo 1146, segundo párrafo.

Gadea precisa, además, que de las reglas mencionadas existe una general, la ley, pudiéndose, por mandato legal, excluir del comercio algún bien, o limitar su tráfico, etc., circunstancias en las cuales la prestación de dicho bien será imposible.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Volumen II, Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III, Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Volumen II. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921; BECERRA TORO, Rodrigo. Obligaciones Civiles. Fuentes y Formas. Editorial Temis, Bogotá, 1987; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1951; CASTILLO FREYRE, Mario. El bien materia del contrato de compraventa. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo III. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, tomo II, Volumen I. Bosch, Barcelona, 1950; GADEA REIDNER,

Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; GAGO PRIALÉ, Horacio. Obligaciones Genéricas en el Código Civil peruano. En: Thémis. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 6. Lima, marzo de 1987; HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones. Centro de Estudios Universitarios Ramón Aceres. Editorial Ceura, Madrid, 1983; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943; LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario, Tomo I, Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Tomo I. Galli, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

TÍTULO II
OBLIGACIONES DE HACER

Plazo y modo de la ejecución

Artículo 1148.- ***El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.***

Concordancias:
C.C. arts. 1760, 1761, 1764, 1771, 1775; C.P.C. arts. 694 inc. 2), 706 y ss.; LEY 26887 art. 294 inc. 2)

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE(*)

La palabra *hacer*, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española (p. 717), tiene varias acepciones. Las que revisten interés para el Derecho de Obligaciones son las siguientes:

a) Producir una cosa, darle el primer ser;

b) Fabricar, formar una cosa dándole la figura, norma y traza que debe tener; y

c) Ejecutar, poner por obra una acción o trabajo.

De acuerdo con las tres acepciones del término "hacer" que hemos recogido en líneas anteriores, podemos orientarnos en dos grandes sentidos:

a) Hacer implica producir una cosa (o mejor dicho un bien, dentro de la terminología utilizada por nuestro Código Civil y el Derecho moderno). Ese bien podrá ser tanto material como inmaterial.

b) Hacer implica ejecutar alguna acción o trabajo.

Pues bien, en Derecho de Obligaciones, las obligaciones de hacer constituyen el segundo rubro clasificatorio de las obligaciones según su objeto.

Las obligaciones de hacer pueden consistir en la ejecución de algún bien u obra, o en la ejecución de algún servicio o trabajo. Como decía el doctor Olaechea (p. 18): "Las obligaciones de este linaje asumen modalidades de trabajo, de prestación de servicios y otros hechos cuya ejecución no requiere el desenvolvimiento de un esfuerzo físico o intelectual".

Según Francesco Messineo (p. 39), la obligación de hacer alude esencialmente a una actividad del deudor; consiste el hacer, por lo general, en una energía de trabajo, proporcionada por el deudor a favor del acreedor o de un tercero, ya se trate de trabajo material o de trabajo intelectual. Agrega el citado autor italiano que de este tipo son las obligaciones de los trabajadores dependientes, de los artesanos (trabajadores libres), de los empleados (particulares), de los profesionales y de los artistas; es también obligación de hacer, la de custodiar, que implica la predisposición de la cosa, como en el contrato de suministro, y la de desplazar una cosa de un lugar a otro, como en el transporte. Messineo concluye su razonamiento respecto

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

de las obligaciones de hacer, señalando que a estas, en general, corresponde el derecho del acreedor a una actividad del deudor, o a la obtención de un cierto resultado.

Los tratadistas españoles Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón (p. 195) expresan que la prestación de hacer impone al deudor el desarrollo de una actividad que permita al acreedor la satisfacción de su interés (prestar un trabajo, ejecutar alguna obra, gestionar un asunto).

Para Jorge Eugenio Castañeda (pp. 131 y 132), las obligaciones de hacer tienen por objeto la realización de un hecho positivo. Castañeda, recogiendo los conceptos de Carvalho de Mendonça, Schott, Windscheid y Bufnoir, manifiesta que el derecho de crédito no es sino un derecho sobre el derecho del deudor; que el objeto de la obligación es, indirecta y mediatamente, el objeto del contrato y, en general, tal objeto es la prestación. La prestación no puede ser un simple hecho o la transmisión de un derecho sobre la cosa. Por eso dice que en la técnica moderna se han establecido prestaciones de cosas para las obligaciones de hacer y de no hacer. Quizá podría agregarse que las obligaciones de hacer son obligaciones de dar hechos, de realizar hechos, y las obligaciones de dar son obligaciones de dar cosas o derechos.

Si la obligación consistiese en la ejecución de alguna obra –según Castañeda–, lo más probable sería que dicha obra tuviese que ser entregada a quien encargó su comisión, vale decir al acreedor de la relación obligacional. En este caso, la obligación sería de hacer, pero concluiría en un dar.

Agrega el autor citado que distinguir cuándo se trata de una cosa que debe entregarse o de un hecho que debe realizarse, es delicado y difícil, porque en el fondo toda obligación importa un *facere;* existiendo entonces cierta identidad entre las obligaciones de dar y de hacer. Si la obligación de hacer consistiese en la ejecución de un servicio o trabajo, será una obligación de hacer propiamente dicha, pues concluirá en el propio hacer y no en un dar.

De lo antes señalado, podemos extraer como conclusión que las obligaciones de hacer pueden ser de dos tipos:

a) **Obligaciones de hacer que concluyen en un dar.-** Sin embargo, no todos los autores coinciden en sostener que este tipo de obligaciones constituye una subclasificación dentro de las obligaciones de hacer. Según Llambías (pp. 257 y 258), en opinión de algunos tratadistas, la oposición de las obligaciones de dar y de hacer no sería irreductible, pues podría concebirse una tercera categoría comprensiva de obligaciones complejas o mixtas cuyo objeto estaría constituido por un bien o un hecho de conducta, fundidos entre sí. Llambías recuerda la opinión de Eduardo B. Busso, cuando este último sostiene –según él con razón– que en esos supuestos la complejidad no existe en una obligación que fuese simultáneamente de dar y de hacer, sino en la fuente que origina al propio tiempo distintas obligaciones, algunas de dar, otras de hacer; por eso, Busso afirma que son obligaciones conexas, por cuanto provienen de la misma causa; o también pueden ser algunas de ellas subordinadas a otras, como sería el caso, dentro del Derecho argentino y su sistema de transferencia de propiedad, del contrato de compraventa de un inmueble, en el cual a las obligaciones ordinarias del vendedor y comprador se agrega la obligación de *escriturar*, que es una obligación de hacer que pesa sobre ambas partes.

   Llambías concluye en que, en definitiva, no hay obligaciones complejas o mixtas, pues las que aparenten serlo se desintegran en obligaciones combinadas de dar, o de hacer, de las cuales unas quedan subordinadas a las otras, sin perder enteramente su individualidad; siendo regidas estas distintas obligaciones por las normas que les

son respectivas, precisamente en razón de su particular índole jurídica. Podríamos agregar, por nuestra parte, que, compartiendo a grandes rasgos el razonamiento de Llambías, la obligación será de dar o de hacer, según aquello que en la misma resulte fundamental. Si lo fundamental es el dar y no el hacer, será de dar; en tanto que si lo fundamental es el servicio o la obra (el hacer), y el dar es meramente la conclusión natural o resultado de lo anterior (el hacer), sin duda alguna estaremos en presencia de una obligación de hacer. Creemos que el tema no debe ofrecer mayores complicaciones y, por lo demás, sobre el mismo no se pueden establecer reglas matemáticas, quedando, al fin y al cabo, la decisión a cargo del intérprete, quien deberá tener en consideración los conceptos expresados.

Dentro de este mismo orden de ideas, resulta de particular interés precisar las distinciones existentes entre las obligaciones de dar y las obligaciones de hacer. En tal sentido, Llambías (pp. 258 y 259) establece las que para él constituyen las principales diferencias:

- Es más intensa la prerrogativa del acreedor de la obligación de dar para lograr el cumplimiento *in natura* del objeto debido; basta que la cosa exista, que esté en el patrimonio del deudor y en su posesión. En cambio, tratándose de obligaciones de hacer, como lo debido es un hecho de conducta, no es posible lograr su forzada realización, si para ello es menester practicar violencia en la persona del deudor.

- En las obligaciones de dar es casi indiferente la persona del deudor, porque la pretensión del acreedor persigue un bien o cosa. En cambio, tratándose de obligaciones de hacer, siendo su objeto generalmente un hecho de conducta, la persona del deudor tiene especial importancia para el acreedor.

- En las obligaciones de hacer, la prestación está limitada por la aptitud real del obligado para practicarla, descartándose en el estado actual de la civilización esfuerzos excesivos que importen peligro para la salud. En cambio, tratándose de obligaciones de dar, el deber respectivo es independiente de la aptitud del obligado y de su solvencia; quien debe una cosa no queda liberado por no tenerla, o por no tener medios para adquirirla.

b) Obligaciones de hacer que concluyen en el propio hacer.- Por su parte, Luis María Boffi Boggero (pp. 421 y 422) establece que las obligaciones de hacer pueden dividirse de acuerdo con cuatro criterios distintos: a) según la prestación se halle vinculada íntimamente con la persona del deudor, en fungibles o no fungibles; b) según la prestación importe una conducta que cristalice o no una obra, en obra o de servicio; c) según que la prestación se consuma en un solo acto o más de uno, en instantáneas o permanentes, pudiendo ser estas últimas continuadas o periódicas; d) según un criterio muy semejante al anterior, si las prestaciones se cumplen mediante uno o varios actos aislados, la prestación es transitoria; y si se cumple mediante una conducta permanente, la prestación es duradera.

Sostiene Francesco Messineo (p. 40) que la obligación de hacer puede ser continuada, según que se la deba ejecutar sin interrupciones (como por ejemplo, en la obligación de suministro, o de depósito o de arrendamiento, o de fletamento), o periódica (como por ejemplo, en la obligación surgida de un contrato de trabajo), o ser tal que se extinga con un solo acto de cumplimiento.

Según Busso –quien seguía a Savigny–, las obligaciones de hacer son aquellas cuyo objeto consiste en el despliegue de energías de trabajo, sean físicas o morales, prestadas por el deudor, en favor del acreedor.

Para Llambías (p. 257), la obligación de hacer es un hecho de conducta, a diferencia del objeto de las obligaciones de dar, que consiste en un bien, del que debe desprenderse el deudor a favor del acreedor; significando esto que las obligaciones de hacer se caracterizan por el compromiso de una energía de trabajo, sea física o moral, del deudor a favor del acreedor.

Dice Lafaille (p. 83) que toda obligación consistente en un hecho del hombre, que no esté comprendido entre los de dar, pertenece al grupo de las obligaciones de hacer, propiamente tales.

El Código Civil peruano no define a las obligaciones de hacer (tampoco a las de dar ni a las de no hacer), razón por la cual hemos considerado necesario efectuar las precisiones antes señaladas.

En relación con el tema de la determinación de las obligaciones de hacer, sin lugar a dudas este es mucho más preciso que en las obligaciones de dar. En palabras de Héctor Lafaille (pp. 82 y 83), las prestaciones que reconocen como contenido el cumplimiento de un acto, son de índole más concreta y no se prestan a la indeterminación, tanto como las concernientes a las cosas. Agrega que aquí no existe fungibilidad, ni se trata de dinero, ni cabe elegir entre las de un género, limitado o ilimitado, siendo apenas dado observar un matiz de carácter abstracto, en aquellas hipótesis en que no es posible sustituir al deudor para el cumplimiento de la prestación.

Difiere de este parecer otro tratadista argentino contemporáneo de Héctor Lafaille. Nos referimos a Eduardo B. Busso (p. 353), para quien el concepto de fungibilidad, en lo relativo a la prestación, abarca todo el campo de las obligaciones, y en especial se lo puede utilizar bien sea con relación a las obligaciones de dar, como a las de hacer; precisa también que su aplicación es muy diferente según se trate de una u otra clase de obligaciones. Así, en las obligaciones de dar, el cumplimiento de la prestación –entrega del bien debido– es lo único que importa, y puede ser hecho indiferentemente por uno o por otro. No ocurre lo mismo en las obligaciones de hacer, cuyo contenido –ejecución de un hecho a cargo del deudor– resulta a menudo infungible, residiendo en tales casos la dificultad práctica –en cada supuesto en concreto– en si la prestación ha de clasificarse como fungible o como infungible. Messineo (p. 40) parece compartir la opinión de Busso, al sostener que algunas obligaciones de hacer son infungibles, en el sentido de que su cumplimiento no puede ser obra sino del deudor en persona; así, en ciertas figuras de obligaciones del contrato de obra, y, a veces, del contrato de trabajo y similares. Agrega el citado autor italiano que, de ordinario, las obligaciones son fungibles, o sea, que pueden ser cumplidas también por un tercero.

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón (p. 195) creen también que la prestación de hacer puede ser fungible o infungible; es fungible cuando el interés del acreedor queda satisfecho con la realización de la prestación, indiferentemente de la persona del deudor; agregan que, por el contrario, es infungible cuando existe un *intuitu personae*, es decir, que la persona del deudor no puede ser sustituida por otra, al no serle indiferente al acreedor quien cumpla la prestación.

Las reglas de las obligaciones de hacer se inician en el Código Civil peruano con el artículo 1148, el mismo que establece que el deudor deberá ejecutarlas en el plazo y modo

pactados (omite decir *o en los establecidos por la ley*) o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

De otro lado, el plazo es una de las modalidades del acto jurídico y debe establecerse de manera expresa o tácita en el mismo. De lo contrario (de no haberse establecido expresa o tácitamente plazo alguno), la ejecución de una obligación se deberá realizar de manera inmediata. Resulta conveniente anotar que, si no hay plazo, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación (artículo 1240), salvo que de la naturaleza y circunstancias de la obligación se dedujere que ha querido concederse al deudor (artículo 182). Y el problema con el artículo 182 es que, aun cuando en él se establecía (antes de la reforma introducida por el Código Procesal Civil de 1993) que el procedimiento para fijar el plazo era de menor cuantía, este podía ser muy dilatado.

Hace algunos años, en el expediente presentado por un alumno para optar el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, comprobamos que las partes, de acuerdo con el Código Civil de 1936, tuvieron que discutir la fijación del plazo en un juicio ordinario durante cuatro años –porque no había ningún procedimiento consignado en el Código de Procedimientos Civiles de 1912–. Y dicha obligación, a nuestro entender, debía cumplirse en un plazo no mayor de tres meses después de contraída.

Creemos que inclusive el Código Civil de 1984 merecía algunas observaciones cuando se refería –antes de la reforma procesal de 1993– al procedimiento de menor cuantía, que podía dilatarse. Tal vez con el Código Procesal Civil vigente, podría utilizarse un procedimiento más abreviado para la fijación del plazo, ya que el mencionado artículo 182 ha sido modificado por dicho Código, y ahora el proceso es sumarísimo.

El espíritu del Código de 1984 sugiere que para estos casos se dicten normas procesales de gran celeridad, lo cual, si bien no se cumplía con el antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912, esperamos tenga lugar con el Código Procesal Civil de 1993.

Este mismo problema se presenta con otras normas del Derecho de Obligaciones, como por ejemplo en la fijación del plazo por el juez, prevista por el artículo 1144.

Definitivamente, de no existir plazo, la obligación deberá ejecutarse inmediatamente, con la restricción señalada por el citado artículo 182 del Código Civil; y, de existir plazo, deberá ejecutarse dentro del mismo. Si el plazo fuese suspensivo, a partir del mismo, y si fuese resolutorio, hasta el advenimiento del mismo. Si la obligación se ejecuta dentro del plazo, se considerará que ha habido un cumplimiento oportuno de la misma (pago).

La ejecución debe cumplirse rigurosamente dentro del plazo, no debiendo efectuar el deudor ni un cumplimiento anticipado ni un cumplimiento tardío.

Existirán obligaciones en las cuales el cumplimiento por parte del deudor dentro del plazo establecido será de mayor importancia que en otras. Por ejemplo, si la obligación consistiese en dar una suma dineraria el día 27 de mayo a las 5:00 de la tarde y el deudor efectuase dicho pago a las 6:15, lo más probable es que la demora no cause mayores inconvenientes al acreedor (aunque podría ocurrir lo contrario). De otro lado, podríamos tener una obligación de hacer por la cual un determinado cantante se comprometa a dar un concierto el día 29 de mayo a las 7:00 de la noche. En este caso, resulta evidente que si el cantante no se aparece a esa hora sino a las 11:30 de la noche, habrá causado muchos inconvenientes y, de seguro, daños y perjuicios a su acreedor.

 De ahí la importancia del plazo y el respeto del mismo.

En lo que se refiere al modo pactado para el cumplimiento de la obligación de hacer, consideramos que resulta obvio que el artículo 1148 no está aludiendo al modo –sinónimo de cargo– como una de las modalidades del acto jurídico, sino que está empleando este término en sentido lato, vulgar, debiéndose entender por modo a la forma o manera en que deberá ejecutarse dicha obligación.

Para Héctor Lafaille (p. 84), modo significa la manera de realizar el hecho con sus diferentes detalles y peculiaridades, que escapan a las cláusulas contractuales, por minuciosas que ellas sean; de ahí que deban resolver los jueces cuándo no existe manifestación expresa o tácita de voluntad. En tal sentido, el mencionado autor señala que a este respecto revisten gran valor la prueba pericial y las que él denomina como *reglas del arte*. Agrega Lafaille que, cuando hablamos del modo y del cumplimiento idóneo de la prestación de hacer, no deben entenderse como alejadas del cumplimiento adecuado de la prestación pequeñas imperfecciones, subsanables a veces con simples retoques, o que podrían ser indemnizadas adecuadamente con una rebaja en el precio; pues si se considerase el más mínimo alejamiento en la ejecución de la prestación de hacer, de los términos pactados, podrían ocasionarse numerosos abusos, más aun cuando estuviesen en juego consideraciones estéticas y de gusto individual; razón por la cual, en criterio que compartimos, el alejamiento del modo pactado debe tener trascendencia en cuanto a la inejecución de obligaciones, únicamente para los casos en los que revista tal trascendencia.

No obstante ser el modo de singular importancia en el caso de las obligaciones de hacer, no resulta privativo de ellas. Como señala León Barandiarán (p. 50), refiriéndose al artículo 1182 del Código Civil de 1936 –antecedente directo del numeral 1148, bajo comentario–: "El principio en ella contenido no tiene, en verdad, por qué ser limitado solo a las obligaciones de hacer, sino que informa a toda obligación en general. Toda obligación debe ejecutarse de buena fe, y así el deudor debe ejecutarla en tiempo oportuno y en el modo que fue querido por las partes. Un cumplimiento tardío o defectuoso no es apto para considerar liberado al deudor. Mas acaso se explica la reiteración del principio, a que se contrae el mandato legal, concernientemente en especial a las obligaciones de hacer, en base a que en estas la manera como se ejecuten ellas es de un valor esencial y determinante. No es lo mismo pactar que Ticio me venderá su caballo A, que pactar que Cayo pintará un cuadro artístico o me enseñará alguna materia científica. En las obligaciones de hacer influyen enormemente el modo y la oportunidad como se efectúen las prestaciones. Es una cuestión muy especial esta relativa al tiempo, y sobre todo al modo, que se apreciará, pues, según las circunstancias, las condiciones personales de las partes y la naturaleza de la misma obligación; en todo lo cual entra en juego intensamente la apreciación *bono et aequo* del juez (Llerena)".

Volviendo al ejemplo del cantante, resultará evidente que si se hubiese comprometido a actuar con el apoyo de una orquesta de 20 músicos, y se apareciese solamente con 10 de ellos, no podría ejecutar su obligación en el modo o forma pactados.

Por otra parte, creemos que el modo no se aplica a pequeñas diferencias, en las cuales no se podría rehusar la ejecución del hecho, aunque sí exigir una indemnización. Por ejemplo, si el cantante se presentase con 19 músicos en lugar de 20. O la eventual destrucción de dos mil ejemplares de la edición de un libro, porque la calidad del papel fuese ligeramente distinta de la prevista en el contrato.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que la obligación de hacer no se hubiese celebrado señalando plazo y modo de su ejecución.

Solo en tal caso regirá lo dispuesto por la segunda parte del artículo 1148 del Código Civil peruano, en el sentido de que deberá ejecutarse en el plazo y modo exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

Ahora nos corresponde analizar los alcances de estos términos, que consideramos indesligables el uno del otro.

a) La naturaleza de la obligación alude, a nuestro entender, a las condiciones en que generalmente o de acuerdo con el caso en particular, deba ser ejecutada una obligación de la naturaleza de la que se ha celebrado; es decir, deberán considerarse una serie de elementos, tales como:

- Una adecuada interpretación de las condiciones (cláusulas) pactadas en el contrato.
- Si es que dicho deudor acostumbra realizar prestaciones similares a la que se ha obligado a ejecutar.
- Anteriores obligaciones similares pactadas entre las partes.
- Idóneos criterios de razonabilidad, sobre la base de los cuales, el cumplimiento de la prestación sea lo más adecuado a lo pactado por las partes y haga que a través de su ejecución, en un determinado plazo y modo, el contrato revista la mayor justicia o equidad.

Pensamos que para el caso en que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, la naturaleza de la prestación, el modo y el plazo en que deba ser ejecutada, deberán estar en directa relación con el contenido de la contraprestación a recibir.

b) Las circunstancias del caso están íntimamente relacionadas con la naturaleza de la obligación (o mejor dicho, de la prestación que constituye su objeto), pero se encuentran no referidas a la generalidad de prestaciones, sino a la prestación en concreto.

Nos resulta difícil efectuar una clara diferenciación entre el tema de las circunstancias del caso y la naturaleza de la prestación, pero creemos que sería importante tener en cuenta para estos efectos algunas consideraciones extracontractuales.

Para el desarrollo de esta idea vamos a utilizar un ejemplo, a nuestro entender ilustrativo –solo con fines didácticos–.

Si se tratase de la presentación de un grupo de *rock* británico, y no se hubiese fijado la fecha exacta de su presentación, pero se diera por entendido que dicho grupo realizará una gira a Sudamérica en el mes de julio del año de la celebración del contrato, podría entenderse que, de acuerdo a las circunstancias del caso, la presentación de dicho grupo se efectuará en el transcurso de la mencionada gira, es decir, alrededor del mes de julio.

Adicionalmente, si se trata de un grupo que va a efectuar conciertos destinados a la juventud, resulta razonable pensar, de acuerdo con esta circunstancia, que dichos conciertos no deberán ejecutarse precisamente en días y horas en que la mayor parte de los jóvenes realiza actividades propias de su edad, vale decir trabajar y estudiar. En tal sentido, será lógico pensar que el grupo deberá ejecutar su concierto en horas de la noche de algún viernes o sábado o en el transcurso de un día domingo, a cualquier hora cómoda para la asistencia de los jóvenes.

Del ejemplo citado podemos extraer como conclusión que el tema de las circunstancias del caso, más que estar referido al contenido del propio contrato, alude al contrato en sí, pero no de manera aislada, sino en relación al entorno social que lo rodea, a fin de que las

situaciones o condiciones que plantee dicho entorno hagan que la prestación pactada se realice de la manera más acorde con la equidad y justicia contractual. Naturalmente que si se tratase de un contrato con prestaciones recíprocas, deberá valorarse dicha equidad en razón de la contraprestación pactada.

Debemos señalar que el cumplimiento dentro del plazo y modo previstos, que deban aplicarse en relación a la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso, no es una regla relativa únicamente a las obligaciones con prestación de hacer, sino que también resulta fundamental para las obligaciones de dar y de no hacer, razón por la cual el artículo 1148 del Código Civil no es privativo de las obligaciones de hacer.

Sin embargo, anotamos que los Códigos, en esta materia, ponen énfasis en las obligaciones de hacer, porque usualmente en ellas el plazo y el modo son más importantes que en las obligaciones de dar y de no hacer.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Tercer Curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida. Lima, s/f.; BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BIBILONI, José Antonio. Anteproyecto de Reforma al Código Civil Argentino. Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1929; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I. Lima, 1938; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies. París, 1870; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; HUC, Théophile. Commentaire Theórique et Pratique du Code Civil, Tomo VII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943; LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVI. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentarios Didaticos. Direito das Obrigaçoes. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. En: Revoredo Marsano, Delia. Código Civil, Tomo V. Okura Editores, Lima, 1985; MARCADÉ, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon. Tomo IV. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte. Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. Tomo II. Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho

Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

PLENO CASATORIO

Para obligaciones de hacer el acto conminatorio de cumplimiento de la prestación constituye el requerimiento del mandato judicial

El contenido concreto del mandato ejecutivo varía según la pretensión específica; sin embargo, contiene tres partes: i) Intimación o Requerimiento: Mediante esta el órgano jurisdiccional formula un acto conminatorio por el cual requiere al ejecutado a fin de que cumpla con la prestación contenida en el título; en la obligación de hacer es el cumplimiento de la prestación (art. 707 del Código acotado) (...) (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 34).

CORTE SUPREMA

El plazo y el modo se estipulan expresa o tácitamente

(L)a parte demandante pretende amparar su derecho en el artículo 1148 del Código Civil, que establece: "El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso"; sin embargo, conforme se desprende de la misma, esta norma únicamente contempla las modalidades que se deben cumplir en el acto jurídico, referidas al plazo y el modo, los cuales deben establecerse de manera expresa o tácita (Cas. N° 1064-2016-Lima).

Es posible exigir el cumplimiento de la obligación de hacer luego de su estipulación

(E)n cuanto al extremo de inaplicación del artículo 1148 del Código Civil, es de señalar que, si bien la citada norma establece que el obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación, no menos cierto es, que en el caso concreto, el actor exigió judicialmente el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Escritura Pública del doce de abril del dos mil ocho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1240 del Código Civil, norma que señala que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación, no advirtiéndose la infracción del artículo 1148 del Código Civil denunciado (Cas. N° 1687-2010-Lambayeque).

El plazo y el modo en las obligaciones de hacer

(E)sta Sala Suprema colige que la sentencia expedida por la Corte Superior se encuentra arreglada a ley e interpretando el artículo 1148 del Código Civil concluye que el caso de autos no versa sobre cumplimiento de una obligación de hacer contenida en un acto jurídico de orden civil celebrado entre la recurrente y la Municipalidad pues no existe un hecho a cuya ejecución se haya comprometido cumplir la demandada en un plazo y modo determinado o en su defecto a los exigidos por la naturaleza de la obligación que habiliten al actor a la ejecución del mismo y si bien en un principio precisó que el obligar a exigir tarjetas de operatividad y registro individuales de flota vehicular no constituye un acto administrativo que recaiga en la esfera del objeto ordinario de la administración del Gobierno Municipal al no haber dispuesto en modo alguno que dicho acto sea de naturaleza civil las alegaciones expuestas por la empresa de transportes recurrente no resultan amparables correspondiendo que haga valer si lo tiene a bien el derecho que alega en la forma de ley debiendo declarase infundado el recurso de casación (Cas. N° 3321-2013-Lambayeque).

Obligatoriedad de las prestaciones de hacer

Habiéndose establecido la obligación de hacer de la emplazada, contenida en el acto jurídico celebrado con la demandante, la que reconoce en su escrito de contestación de la demanda, por lo que tiene su carácter de declaración asimilada, la demanda incoada para que cumpla con dicha obligación resulta fundada, a tenor del artículo 1148 del Código Civil (Cas. N° 4430-2012-Lima).

JUZGADOS DE PAZ LETRADOS

La obligación de hacer debe ejecutarse de acuerdo a las reglas de la buena fe

Las reglas de las obligaciones de hacer se inician en el artículo 1148 del Código Civil, que establece que el deudor deberá ejecutarlas en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso; en el presente caso el requerimiento previo ha ocurrido mediante carta notarial de fecha 17 de junio de 2010 (...) por lo que, toda obligación debe ejecutarse de buena fe, y así el vendedor debió ejecutarla en tiempo oportuno y en el modo que fue querido por la otra parte, porque la manera como se ejecutan ellas es de un valor esencial y determinante, de ahí que la ejecución pretendida debe cumplirse rigurosamente (Exp. N° 1103-2010. Primer Juzgado de Paz Letrado del Módulo Básico de Justicia de Los Olivos).

Prestación por persona distinta al deudor

Artículo 1149.- ***La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que este fue elegido por sus cualidades personales.***

Concordancias:
C.C. arts. 1218, 1219 inc. 2), 1222, 1363, 1763, 1766, 1793 inc. 1)

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE(*)

El principio general respecto de quién debe ejecutar la prestación objeto de la obligación de hacer, es que esta puede ser cumplida o por el deudor, o por persona distinta al deudor; pero debemos precisar que esta regla no solo es de aplicación a las obligaciones de hacer, sino a todas las obligaciones, a menos que su naturaleza, el pacto o una disposición legal lo impidan, como es el caso de las obligaciones de no hacer, a las mismas que, por su naturaleza, no les es de aplicación el principio contenido en el artículo 1149, cuyo texto es el siguiente: "La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultare que este fue elegido por sus cualidades personales".

Tal como expresa el maestro José León Barandiarán (p. 53): "Como regla, es indiferente quién cumple una obligación de índole contractual. Lo que importa es que el acreedor halle satisfacción de un crédito. De ahí el pago puede ser hecho por el propio deudor o por otra persona, y aun cuando no tenga interés en la *solutio* misma (artículo 1235 –del Código Civil de 1936, hoy artículo 1222 del Código Civil de 1984–).

Esta regla que, sobre todo, campea en las obligaciones *dandi*, también se presenta en las de hacer. Solo que aquí con mayor frecuencia sobreviene la necesidad o conveniencia de la ejecución por la misma persona que asumió la obligación. De ahí que el artículo 1183 (Código Civil de 1936) se refiera a la alternativa: que la prestación pueda llevarse a cabo por un tercero o que deba ser hecha por el mismo deudor. Es decir, pues, que tratándose de dichas obligaciones *facendi*, puede tener importancia cardinal el que personalmente el obligado realice la prestación. Así, la pintura de un cuadro por un artista escogido por sus méritos propios, la defensa de un juicio por determinado abogado, el cumplimiento de un mandato delicado. De ahí, en coligancia con el carácter de *intuitu personae* de ciertas obras o servicios, que el contrato de empresa se disuelva por muerte del empresario (artículo 1565 del Código Civil de 1936), y el contrato de locación de servicio por muerte de locador (artículo 1551 del Código Civil de 1936); que por regla el mandatario deba desempeñar personalmente el encargo (artículo 1638 del Código Civil de 1936)".

Para Eduardo B. Busso (pp. 353 y 354) el principio general es que las obligaciones de hacer puedan ser cumplidas por otro distinto que el obligado, bajo la sola condición de que el hecho prometido no tuviera el carácter de infungible; agrega que presentaría este último carácter si la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales. Añade Busso que, en general, el hecho deberá considerarse ejecutable por un tercero, cada vez que se trate de un servicio meramente manual en el que, por lo común, no se toma en cuenta, al menos de manera determinante, la personalidad del obligado. Así, coloca como supuestos comprendidos en esa categoría de hechos, a la construcción de una

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

pared o la excavación de un pozo, el arado de un campo o la mudanza de los muebles de una casa, un transporte de materiales provenientes de la destrucción de un edificio, un trabajo de viticultura, una obra de barrido o limpieza, etc.

En palabras de Héctor Lafaille (p. 154), en lo referente a las obligaciones de hacer, la posibilidad se reduce a las situaciones en que los actos son susceptibles de ejecutarse por otro; es decir, a aquellas en las cuales la persona es indiferente, cuando, por ejemplo, la mano de obra carece de individualidad o de valor artístico. Así, continúa diciendo Lafaille, la condición del deudor liberado de este modo, frente a quien cumplió por él consintiéndolo o no, podrá estar regida por las reglas atinentes a la subrogación.

Esta afirmación también se deriva del primer párrafo del artículo 1222 del Código peruano, según el cual puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.

Para Raymundo M. Salvat (p. 461), la regla general es que el hecho podrá ser ejecutado por otro distinto al obligado; se funda este principio, en que, de ordinario, al acreedor le es indiferente que la obligación sea cumplida por el deudor mismo o por un tercero, pues a él le interesa que se cumpla en las condiciones convenidas. Nos ofrece, como ejemplo, el de la obligación de arar un campo, la de mudar los muebles de una casa, y otras de similar carácter, en las cuales el acreedor no tendría ningún interés en que la obligación fuera cumplida por tal o cual operario determinado, pues la persona del deudor para nada se tiene en cuenta en estos casos.

Observa Salvat, sin embargo, que si se hubiese estipulado expresamente que el hecho sería ejecutado por el deudor mismo, no podría entonces –aun cuando se tratara de obligaciones de esta clase– ser ejecutado por un tercero, siendo esta una estipulación perfectamente lícita y obligatoria para las partes.

Agrega el mencionado autor que, por excepción, el hecho prometido no podrá ser ejecutado por un tercero, si la persona del deudor hubiese sido elegida por su industria, arte o cualidades personales, como sería el caso de la obligación de pintar un cuadro o hacer un retrato, contratada con un artista célebre; o la obligación de dirigir la construcción de un gran puente, encomendada a un ingeniero especialista y de reputación universal en la materia; o la obligación de practicar una operación quirúrgica, encomendada a un cirujano de fama. Señala Salvat que esta excepción se justifica plenamente, pues el acreedor ha tratado en estos casos en consideración a las aptitudes personales del deudor, a su habilidad especial en un determinado ramo de las artes, industrias o ciencias, conociéndose estas obligaciones, de ordinario, como *intuitu personae*, en el sentido de que es la persona misma del deudor la que se obliga, caso en el cual el objeto de la obligación no consistiría aquí en el hecho prometido, abstractamente considerado, ya que, para establecer si la calidad de la persona del deudor ha sido especialmente tenida en cuenta por el acreedor, habrá que analizar la naturaleza de la prestación y desentrañar la intención del acreedor.

La primera excepción prevista al artículo 1222 del Código Civil peruano, que permite a un tercero efectuar el pago, está referida a las obligaciones *intuitu personae*, vale decir, a aquellas celebradas en consideración fundamental de la persona del deudor y sus cualidades especiales respecto al cumplimiento o ejecución de la prestación pactada. Resulta evidente que en este caso el acreedor podrá oponerse a que persona distinta al deudor ejecute la prestación debida, ya que se estaría yendo contra la forma en que fue pactada dicha prestación.

Como expresa León Barandiarán (p. 54): "En efecto, por regla es indiferente quién pueda proceder al cumplimiento de la obligación, el propio deudor o un tercero (artículo 1235 –se refiere al Código Civil de 1936–). Pero tratándose especialmente de las obligaciones *facendi*, puede tener importancia capital que la prestación se ejecute personalmente por el mismo obligado.

Lo que interesa es compulsar la calidad del hecho convenido, para saber si es indiferente o no que sea ejecutado personalmente por el deudor o por otra persona. Lo que interesa es que el hecho se lleve a cabo en el modo convenido; y si un tercero puede ejecutarlo de tal modo, no hay motivo plausible para que la ley le vede efecto liberatorio.

La intención de las partes es lo fundamental, sobre todo la voluntad del estipulante. No interesa cuáles sean los motivos que le decidieron a considerar que el mismo obligado deba ejecutar la prestación, y es indiferente, en tal caso, si un tercero que se ofreciere a cumplirla, pudiera llevarla a cabo en forma igual o mayormente satisfactoria que el mismo promitente.

La calidad del hecho convenido ha de resultar, como muy bien lo indica el artículo 1183 (se refiere al Código Civil de 1936), de las circunstancias; es decir, apreciando la intención de las partes, conforme se ha explicado antes. No precisa la estipulación expresa, que indique que el deudor mismo debe ejecutar la prestación. Es esta una cuestión que debe ser decidida por el juez, según el caso concreto de que se trate". Hasta aquí las palabras del doctor León Barandiarán.

Para Busso (p. 354) habrá un hecho infungible –esto es, de tal naturaleza que no le está permitido al deudor hacerse sustituir por otro en el cumplimiento– cuando el acreedor lo haya elegido teniendo preferentemente en cuenta su habilidad específica para el ejercicio de la industria, la ciencia o el arte de referencia o, de otro modo, sus cualidades personales.

Observa el citado autor argentino la conveniencia de apuntar que, conforme al concepto de la ley, el decidir si en cada caso concreto hay o no un servicio infungible, depende en definitiva de la intención de las partes, y que por eso aquel atributo siempre se resuelve en una circunstancia de hecho, cuya prueba estará a cargo de quien la afirmase. Busso cita como ejemplos de obligación de hacer de naturaleza infungible, el que un cirujano famoso y de reputación universal se obligue a llevar a cabo una operación quirúrgica; o más generalmente, aquellas de un sabio o de un literato que se han comprometido a entregar una obra, así como las de un abogado o un arquitecto cuya intervención profesional se requiere.

Si bien es cierto que el principio del artículo 1222 del Código Civil peruano es de aplicación a la generalidad de obligaciones, no es menos cierto que cobra mayor importancia en lo que respecta a las obligaciones de hacer y mucha mayor relevancia en las de no hacer, ya que estas últimas tienen un carácter personalísimo.

En el caso de las obligaciones de hacer que concluyen en un dar, si se tratase de obligaciones *intuitu personae*, como podría ser la pintura de un retrato del acreedor por un pintor famoso, habría que distinguir entre el hacer propiamente dicho (la pintura del cuadro) y la entrega de dicho cuadro. Aquí será evidente que el acreedor podría oponerse a que otra persona distinta del deudor pinte el cuadro, pero no podría oponerse a que alguien distinto del deudor le entregue el cuadro ya pintado por el propio deudor.

Obviamente el otro supuesto en que el acreedor podrá exigir que el deudor mismo sea quien ejecute la prestación, consistiría en que no sea ella *intuitu personae*, pero así se hubiese pactado.

Por último, también se presentará esta situación cuando la ley impida que un tercero ejecute la obligación.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Tercer Curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida. Lima, s/f.; BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BIBILONI, José Antonio. Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino. Valerio Abeledo - Editor, Buenos Aires, 1929; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I. Lima, 1938; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies. París, 1870; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; HUC, Théophile. Commentaire Theórique et Pratique du Code Civil, Tomo VII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943; LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVI. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentarios Didaticos. Direito das Obrigaçoes. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II - A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. En: REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil, Tomo V. Okura Editores, Lima, 1985; MARCADÉ, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon. Tomo IV. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte. Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. Tomo II. Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Herederos no pueden ejecutar obligación del difunto si esta obedece a cualidades personales del ejecutante

El artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, regula la transmisión de las obligaciones por causa de muerte, señalando expresamente que la obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona o, en otras palabras, cuando es personalísima o intuito personae, es decir, cuando el obligado fue elegido en mérito a sus virtudes y cualidades personales, de forma tal que a su fallecimiento los herederos no estarían en aptitud de cumplir con la prestación a la que este se encontraba obligado, sea legal o convencionalmente (Cas. N° 4124-2006-Ica).

No puede ser materia de herencia obligaciones con carácter personalísimo

El contenido de la herencia está constituido por los bienes, los derechos y obligaciones, pues en lo atinente a este último concepto cabe precisar que pueden ser materia de herencia aquellas obligaciones que no sean de carácter personal (intuito personae), es decir aquellas que solamente pueden ser satisfechas o cumplidas a plenitud por el propio obligado, y no por un sustituto (Cas. N° 2823-1998-Huánuco).

Contrato de asesoramiento profesional es *intuito personae*

Consistiendo el asesoramiento profesional como uno de naturaleza intuito personae, es innegable que la prestación a su cargo hubiese constituido un imposible jurídico, siendo esta la razón por la cual, la comitente no le encargó ninguna labor profesional durante su ausencia; además según lo establecido por el Colegiado, el recurrente no ha acreditado haber girado recibo por honorarios profesionales, que pueda evidenciar que la universidad demandada estaba obligada al pago de los mismos; máxime cuando no comunicó de tal hecho a su citada comitente atentando de esta forma contra el principio fundamental de que todo contrato debe negociarse, celebrarse y ejecutarse según la buena fe contractual y la común intención de la partes consagrado en el art. 1362 del Código Civil (Cas. N° 2607-2004-Lima).

Acciones del acreedor ante el incumplimiento

Artículo 1150.- ***El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:***

1.- Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

2.- Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este.

3.- Dejar sin efecto la obligación.

Concordancias:
C.C. arts. 1219 incs. 1), 2) y 3), 1321, 1372, 1428, 1429, 1430

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

El artículo 1150 del Código Civil peruano está referido al supuesto en el cual el deudor hubiese incumplido con ejecutar la totalidad de la obligación (no el supuesto de que la haya ejecutado solo parcialmente).

En esta norma se establecen una serie de medidas por las cuales podrá optar el acreedor ante dicho incumplimiento.

Vamos a proceder al análisis de cada una de ellas.

Se podrá exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a menos que sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor. Esto quiere decir que, en todos aquellos casos en que el deudor se niegue a hacer algo, el acreedor no podrá exigir a dicho deudor el cumplimiento de la prestación si para lograrlo requiere ejercer violencia contra su persona.

Como expresaba Olaechea (pp. 18 y 19): "si urge la imposibilidad de realizar el acto sin culpa del deudor, la obligación se disuelve y tendrá lugar la devolución de lo que el deudor hubiere recibido en razón del acto que se proponía ejecutar; y si la imposibilidad proviene de culpa imputable al deudor, la obligación se resuelve en la de indemnizar perjuicios, en vista de que nadie puede ser compelido por la violencia a realizar la prestación prometida. No exige la ley que el acto sea practicado por el mismo deudor cuando la calidad del ejecutor sea indiferente; pero si la persona del deudor fue elegida en atención a sus condiciones inherentes, como su notoria pericia o su preparación técnica o artística, la subrogación es impracticable".

Estos conceptos son ratificados por Rosendo Badani Chávez (p. 44), cuando expresa que "El deudor debe cumplir exactamente la obligación y el acreedor tiene derecho de obligarle a este exacto cumplimiento con el amparo del Poder Público. Pero el derecho a la ejecución forzada tiene una doble limitación, la primera en el respeto a la libertad personal, que no permite emplear contra el deudor sino medios indirectos que se dirigen contra sus bienes; y la segunda en la naturaleza misma de las cosas, que no permite obtener que el deudor realice contra su voluntad el acto o servicio que no quiere ejecutar. Es por esto que la indemnización de daños y perjuicios queda siempre como medida subsidiaria a la que puede recurrir el acreedor en la imposibilidad de obtener el cumplimiento específico de la obligación".

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

El tratadista argentino Eduardo B. Busso (pp. 213 y 214) efectúa un análisis histórico acerca de la evolución del principio por el cual el acreedor puede demandar judicialmente la ejecución forzosa de la obligación de hacer. En tal sentido, señala que en el antiguo Derecho Francés rigió el viejo adagio *nemo potest precise cogi ad factum* (nadie puede ser compelido a prestar su hecho); agrega que los antiguos autores no consideraron tal aforismo de una aplicación general y absoluta. Precisa que Pothier, por ejemplo, expresa al respecto que la regla no tiene aplicación sino con referencia a las obligaciones que tienen por objeto algún acto corporal de la persona del deudor, el cual no podrá ser constreñido sin que se atente contra su persona y su libertad; nos recuerda que la misma observación formulaba Bigot-Préameneu en el curso de los trabajos preparatorios del Código Civil francés. En relación a este cuerpo legislativo, Busso anota que no obstante los antecedentes señalados, el Código francés estableció en su artículo 1142 una regla de apariencia absoluta: toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en daños e intereses en caso de inejecución por parte del deudor; precisando, sin embargo, que la doctrina uniformemente ha mantenido la distinción ya señalada por Pothier, a la que nos hemos referido anteriormente.

Agrega Busso que, desde luego, la prestación en cuanto importa una determinada conducta del deudor, es siempre un acto voluntario y, por tanto, incoercible, sin impedir ello que la ley trate de procurar por todos los medios a su alcance el cumplimiento efectivo de la obligación, ya que no podría depender de la buena o mala voluntad del deudor, el cambiar el objeto de la deuda, pues la fuerza obligatoria de las convenciones sería ilusoria. Añade Busso que si bien la prestación es en sí misma incoercible, su objeto generalmente no lo es. Así, recuerda el citado autor cómo en algunas oportunidades se acude al auxilio de la fuerza pública, por ejemplo, con la restitución del niño al hogar; rememora también una aplicación extrema de este criterio, abandonada hace años por la jurisprudencia argentina, según la cual podía usarse de la fuerza pública para compeler a la mujer a reintegrarse al hogar.

Salvat (p. 89) escribe en el mismo sentido, cuando establece que en cuanto a las obligaciones de hacer, el principio es de una aplicación menos extensa, ya que, fundamentalmente, el acreedor puede exigir la ejecución forzada del hecho prometido; por excepción, el acreedor no tiene este derecho en los casos en que para obtener la ejecución sea necesario emplear violencia personal contra la persona del deudor. Salvat señala que en las obligaciones de hacer, el deudor es un elemento esencial para el cumplimiento; habiéndose visto que en las de dar resultaba indiferente, en tanto exista la cosa que debe entregarse y que su oposición era tan solo un obstáculo para el cumplimiento; en cambio, en las de hacer, es la actividad del deudor la que constituye ejecución. De acuerdo con Salvat, existe un mínimo de respeto de la persona humana que no puede excederse; cabe, sin embargo, toda forma de coerción que no suponga utilización de la fuerza contra la persona del deudor.

Para Domenico Barbero (pp. 169 y 179), la hipótesis menos reductible a una ejecución forzada en forma específica es la de las obligaciones de hacer, y más aún la de las de no hacer, cuando no son cumplidas. Agrega Barbero que en cuanto a las obligaciones de hacer, todo lo que se puede obtener es hacer que se haga por un tercero, a expensas del obligado, lo que este debía hacer y no ha hecho ni quiere prestarse a hacer. Pero como nosotros señalaremos en su oportunidad, ello no resulta siempre posible, sino solo en el caso en que estemos en presencia de obligaciones no contraídas *intuitu personae.*

No obstante lo expresado, según algunos autores, son muy escasos los supuestos en los que se pueda ejecutar una obligación de hacer forzadamente. Así, por ejemplo, León Barandiarán (p. 57) dice lo siguiente: "Tal posibilidad es poco común, pero puede presentarse.

Rousset consigna este ejemplo: 'Si un individuo se compromete a abandonar en determinado tiempo una casa que ocupa y luego se niega a hacerlo, es evidente que la obligación obtendría pleno cumplimiento desalojando al obligado y conduciéndolo fuera de la casa por medio de la fuerza pública; el cumplimiento de la obligación sería posible y no habría más violencia que la que se emplea en la ejecución de los bienes del deudor por una obligación de dar, si el deudor se resiste'".

En la introducción a la obra clásica de Giorgio Giorgi, Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, el profesor español Eduardo Dato (pp. XXX y XXXI) señala que las obligaciones de hacer implican una utilidad o beneficio para el acreedor, obtenido directamente del hecho sobre el que recaen, constituyendo su objeto el servicio que el deudor debe prestar para la realización de un hecho determinado; añade que, por tanto, en caso de incumplimiento, la coacción para su efectividad ha de tener un campo mucho más limitado que en las obligaciones de dar, pues el Estado no puede compeler al deudor en la forma que puede hacerlo en estas, y lo único que le es dado a hacer es mandar que se ejecute en costa del deudor lo que este no quiso hacer; esto, a entender de Eduardo Dato y de otros autores, deviene en un recurso jurídico menguado, cuando se trata de servicios personalísimos, cuyo valor está, no tanto en el contenido material del servicio, cuanto en la habilidad, quizá genial, del que debiera prestarlo. Por esta razón, a decir de Dato, en esta clase de obligaciones, que los autores denominan *personales*, el acreedor no tiene derecho más que a un movimiento psicológico de la voluntad del deudor.

Según Demolombe (p. 510), la obligación de dar es aquella cuya ejecución consiste en la entrega de algo que el acreedor tiene derecho de reclamar en virtud de un título cualquiera. Implica esta también, indudablemente, la necesidad de cierto hecho por parte del deudor, puesto que regularmente es él quien debe hacer esta entrega al acreedor, mas el objeto de la obligación no consiste en el hecho de la entrega, consiste en la cosa misma que el acreedor puede obtener *manu militari*, a pesar de la negativa del deudor, sin que sea necesario ejercer una coacción física contra su persona.

Por su parte, Larombière (p. 490) dedujo que los tribunales no pueden condenar principal y directamente al deudor a hacer, cuando solo tienen el derecho de condenarlo con el abono de daños y perjuicios derivados de su falta de cumplimiento. Sin embargo, en parecer de Demolombe, estas conclusiones son demasiado absolutas, precisando que los tribunales pueden condenar con certeza al deudor a ejecutar la obligación que acordó y a procurar al acreedor el objeto mismo de la obligación. Agrega que, como el deudor convino una obligación de hacer, el objeto principal o, mejor dicho el único objeto de su obligación, es el cumplimiento de este hecho, de donde los tribunales pueden condenarlo, principalmente, pronunciando una condena exclusivamente subsidiaria de abono de daños y perjuicios, en los que se deberá resolver la obligación en caso de incumplimiento; todo esto, a pesar de que en su tiempo no existía unanimidad en la jurisprudencia francesa a este respecto.

En palabras de Marcadé (pp. 437 y 438), los efectos de la obligación de hacer, es decir, sus resultados legales, son autorizar al acreedor a demandar a su deudor para obtener de este el cumplimiento de la obligación, y en caso de negativa constante, a procurarse esta ejecución por el poder público, si las consecuencias lo permitiesen, o en el caso contrario, a obtener el abono de daños y perjuicios. Añade Marcadé que el cumplimiento forzado tendrá lugar, todas las veces que se pueda realizar sin violencia practicada contra la persona del deudor, es decir, todas las veces que este cumplimiento no sea de naturaleza tal que solo pueda cumplir el deudor en persona.

Resulta interesante recordar que Huc (p. 195), al exponer el principio de que las obligaciones de hacer son susceptibles de cumplimiento forzoso, a menos que sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor, indica que este principio no fue seguido siempre de manera uniforme por la Corte de Casación Francesa; precisa que en varias oportunidades dicho Tribunal ha decidido lo contrario, admitiendo que los términos del artículo 1144 del Código Civil francés tienen un alcance facultativo y dejan a los jueces del hecho, apreciar la oportunidad de un cumplimiento literal de la obligación, y de decidir, en consecuencia, que las obras construidas contraviniendo dicha obligación no serán destruidas; instituyéndose que los jueces tienen por función hacer adquirir a las partes aquello que se les debe, y no apreciar la oportunidad de sus reclamos.

Para Héctor Lafaille (p. 150), en lo que atañe a las prestaciones de hacer, si el deudor se rehusara a cumplirlas, la facultad de compelerlo no podría ser ilimitada, por cuanto llevaría hasta ejercer violencia contra su persona, exceso frente al cual se detienen los poderes de los particulares, y aun los propios del Estado, cuando se lo concibe con criterio de ponderación. Pero advierte el referido autor argentino, la necesidad de no exagerar esta defensa de la libertad humana, que solo cubre aquellas situaciones en las cuales el acto o la serie de actos prometidos no pueden ser realizados más que por el deudor mismo, o cuando menos, siempre que la persona de este hubiera sido tenida especialmente en cuenta, como si se tratara, por ejemplo, de aptitudes especiales para la ciencia o el arte. De modo tal que si la obligación consistiera en uno de esos trabajos que cualquier individuo del oficio puede llenar sin dificultad, como sería el caso de un vulgar arreglo mecánico, el levantamiento de paredes, o conducir un vehículo, nada impide valerse de otro para satisfacer lo pactado o lo impuesto por la ley. Agrega Lafaille que la solución del Código responde a motivos de orden práctico, pues sería irrealizable en la mayor parte de los supuestos, imponer la ejecución forzada, al no concebirse en ningún caso a un literato, a un hombre de ciencia, a un artista o a un actor, trabajando por la fuerza. Añade que lo menos que podría decirse es que la obra, en tales condiciones, se realizaría mal, y que en definitiva, el remedio se traduciría en detrimento para el acreedor, sin responder a las cualidades tenidas en consideración, siendo por ello preferible resarcir el daño, por imperfecta que sea esta manera de ejecutar la prestación.

En similar orden de ideas, Planiol y Ripert (pp. 81 y 82) expresan que cuando la obligación tiene como objeto un trabajo o una obra, es decir, un acto o una serie de actos, que el deudor no cumple, el cumplimiento forzoso será posible en muy contados supuestos; y resulta imposible materialmente en todos los casos en que solamente él pueda realizar el objeto mencionado, debido a sus condiciones o conocimientos personales.

Planiol y Ripert tratan acerca de un punto no abordado por otros autores: el de la imposibilidad moral. Señalan que esta se presenta cuando el hecho a ejecutar es susceptible de imponerse materialmente por medios coactivos al deudor, pero esa coacción constituye un ataque legítimo a los derechos de su persona. De ahí el sentido del antiguo adagio romano de que toda obligación de hacer se resuelve, en caso de incumplimiento por el deudor, en una indemnización de daños y perjuicios. De este modo, concluyen Planiol y Ripert, el cumplimiento forzoso no queda, en principio, descartado en esas obligaciones, sino solamente en la medida en que necesitaría el empleo de medios violentos contrarios a la libertad individual.

Sin embargo, queremos hacer aquí una distinción. En lo que respecta al hacer propiamente dicho de la obligación, esta norma alcanzará plena vigencia, pero distinto será el caso en el cual el deudor ya hubiese cumplido con el hacer propiamente dicho, pero le faltase el dar para concluir con la ejecución de su prestación.

Pongamos un ejemplo.

Si el acreedor hubiese encargado a un escultor la elaboración de una obra de arte, será evidente que si el escultor rehusase esculpir no se le podría forzar a ello, pues para estos efectos sería necesario emplear violencia contra su persona; pero distinto sería el caso en el cual dicho escultor ya hubiese terminado la escultura encargada, pero, como le agradó su resultado, no deseara entregarla al acreedor. En este caso sí se podrían emplear medios violentos para que se concluyera con la ejecución de dicha prestación, ya que solamente sería necesario extraer la obra del taller del deudor para llevarla al domicilio del acreedor; y esta acción no estaría dirigida contra la persona del deudor, sino simplemente contra bienes materiales.

De no poderse optar por la medida a que se refiere el inciso primero del artículo 1150 del Código Civil peruano, por las razones señaladas, el acreedor tendría que ejercer cualquiera de las otras dos alternativas previstas por esa norma.

La segunda alternativa es exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este.

La ejecución de esta opción también deberá hacerse por la vía judicial, y para poder encargar la ejecución de la prestación a persona distinta del deudor, por cuenta de este, será necesaria la existencia de una resolución judicial en tal sentido. De existir esta resolución, se podrá encomendar la ejecución de la prestación a una tercera persona, ajena a la relación obligacional.

Resulta obvio que el tercero no ejecutará la prestación gratuitamente, sino que cobrará por dicho concepto. Pues bien, el mayor importe que perciba dicho tercero y que deberá ser asumido en primera instancia por la persona del acreedor, podrá ser posteriormente cobrado por este último al deudor incumpliente. Justamente por ello se exige autorización judicial.

Es evidente que esta segunda opción podrá ser adoptada por el acreedor de una prestación no contraída *intuitu personae*, o por el acreedor de prestación *intuitu personae* que encuentre un tercero en quien confíe que ejecutará la prestación de un modo semejante o igualmente idóneo que el deudor original.

Naturalmente todos estos medios coactivos se deberán realizar, como lo hemos expresado, no por mano propia del acreedor, sino a través de un proceso judicial que concluya con una resolución autoritativa. En ausencia de tal resolución es posible el cumplimiento por un tercero, pero en este caso el acreedor no tendrá la certidumbre de lograr el verdadero resarcimiento por el mayor costo que la ejecución pueda originar.

León Barandiarán (pp. 59 y 60), recogiendo las opiniones de Salvat y Galli, señala lo siguiente: "Mas, como advierten Salvat y Galli, la regla del artículo 630 del [derogado] Código argentino, que inspira el 1187 del peruano (se refiere al Código Civil de 1936), no quiere decir que en ciertos casos de urgencia el acreedor no pueda, previa constitución en mora del deudor, proceder por sí mismo o por un tercero, sin obtener antes la autorización judicial, a la ejecución del hecho debido. Supongamos, a título de ejemplo, el caso de la obligación de reparar una casa o el de la obligación contraída por un cochero de transportarme a una localidad vecina; si el deudor no cumple su obligación, es indudable que el acreedor, una vez que lo hubiese constituido en mora, podría hacer efectuar las reparaciones por un tercero o hacerse transportar con otro cochero, sin necesidad de requerir previamente la autorización judicial. Pero, entonces, el costo del cumplimiento de la obligación podrá obtenerlo el acreedor, no en el concepto de gastos de la ejecución por otro de la obligación del deudor, sino a

título de daños e intereses por la inejecución de ella. En otros términos: el caso se resolvería sobre la base de que el acreedor hubiese optado, no por la ejecución de la obligación a costa del deudor, sino por el pago de los daños e intereses derivados de la inejecución. La cuestión tiene interés práctico, porque si bien el deudor tiene el derecho de discutir en cualquier caso el monto de lo que se le cobra, sea en el concepto de ejecución de la obligación a su costo, sea en el de daños e intereses por su inejecución, las facultades de los jueces para fijar el monto de lo que él debe pagar, son más amplias en el segundo caso que en el primero; en el segundo caso, en efecto, se trataría de una cuestión de indemnización, cuyo monto, como sabemos, queda librado a las dificultades de la prueba y a la apreciación de los jueces".

En palabras de Huc (p. 196), la facultad de que goza el acreedor para ser autorizado judicialmente, en caso de incumplimiento, para cumplir él mismo la obligación a expensas del deudor, podrá ser ejercida siempre que el cumplimiento sea posible. Agrega el mencionado autor francés que el juez tiene la obligación de concederlo cuando el acreedor haya concluido formalmente en esto, pues ningún juez está autorizado a conceder o rechazar a su agrado la autorización demandada. Añade Huc que se debe considerar que este caso trata de una obligación de hacer antes de que se cumpla en el propio terreno del deudor; de modo tal que el vecino comprometido a derribar un árbol que se elevaba en su propiedad y que tapaba la vista del acreedor, podrá verse, ante su propia negativa, a que el acreedor pida se le autorice por medio de la justicia para cortar este árbol a expensas del deudor, si este último se negara a cumplir con su obligación.

En opinión de Marcadé (pp. 437 y 438), cuando uno se compromete a dejar libre su calle, para que otro pueda pasar por ahí, si es que se incumple la obligación poniendo una zanja, una barrera, o algo similar, el perjudicado puede hacer que se le autorice a levantar por la fuerza y a expensas del deudor, el cercado levantado indebidamente; añade que no se aplicarían las mismas consecuencias, si es que uno pudiese ser autorizado judicialmente para procurarse el cumplimiento directo y efectivo de la obligación, cuando el deudor se rehúsa a cumplirla, caso en el cual se trataría de un hecho que solo el deudor podría cumplir, y que por lo tanto sería susceptible de cumplirse, a costa suya, por medio de violencia dirigida contra su persona.

Antonio José de Souza Levenhagen (pp. 39 y 40) establece que debe quedar esclarecido que la opción garantiza al acreedor, salvo entendimiento de mejor doctrina, que debe manifestarse judicialmente, pues si se hiciese de manera extrajudicial, estaría tomando la justicia por sus propias manos, situación que está vedada por la ley. Así, señala Levenhagen, habiendo retardo y negativa por parte del deudor en la ejecución de la prestación debida, corresponde al acreedor iniciar un procedimiento judicial en el cual tendrá que definir su opción al respecto, es decir, que deberá escoger entre ejecutar la prestación por un tercero a costa del deudor, o desistirse de la misma, exigiendo una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Eduardo B. Busso (pp. 369 y 370) explica que para el empleo de esta segunda alternativa, que en el caso peruano se contempla en el inciso segundo del artículo 1150 del Código Civil, resulta indispensable el concurso de dos condiciones: la voluntad del acreedor y la autorización del juez.

En lo referente a la voluntad del acreedor, puede decirse que dependerá de si este considera conveniente seguir el mencionado camino, lo que en buena cuenta implica descartar las opciones previstas en los incisos primero y tercero del ya mencionado artículo 1150 del Código Civil. Adicionalmente, será necesario que se trate, tal como ha sido explicado en su oportunidad, de prestaciones fungibles, vale decir, que pudieran ser ejecutadas por cualquier

persona distinta al deudor, indistintamente. Aquí, como dice Busso, a pesar de que la prestación que el acreedor decida ejecutar por un tercero, previa autorización judicial, sea de naturaleza no fungible, el deudor no podría oponerse a la sustitución so pretexto de que el acreedor tiene derecho a resistirse a ella, ya que la infungibilidad de la prestación produce sus efectos en interés exclusivo del acreedor, y el derecho correspondiente es, sin duda, renunciable.

El segundo requisito previsto por Busso para que rija el supuesto de exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este, es el de la autorización judicial previa. Según el mencionado autor, esta formalidad se explica, por una parte, porque en general la posibilidad para el acreedor de actuar sin el control de la autoridad judicial implicaría una violación de la máxima, según la cual, nadie puede hacerse justicia por sí mismo; agrega que parece necesario, para autorizar la medida coercitiva aquí señalada, que se halle previamente comprobado el incumplimiento culpable de la obligación por parte del deudor, incumplimiento del que la ejecución forzosa no es más que una consecuencia; la comprobación de este hecho solo puede ser de carácter judicial.

No obstante lo señalado, Busso agrega que la doctrina reconoce en forma unánime que la autorización judicial no es indispensable en los casos de urgencia. Sin embargo –añade– no bastará la razón de urgencia para prescindir de la autorización judicial, si fuera necesario para su ejecución llevar un ataque directo al patrimonio del deudor, como sería el caso en que fuese necesario penetrar en el inmueble del deudor, situación en la que el acreedor incurriría en una vía de hecho, que le podría llevar a asumir responsabilidades civiles y hasta penales.

En relación al carácter obligatorio o facultativo de la autorización judicial, según un primer sistema, consagrado por la jurisprudencia francesa, los tribunales gozan en esta materia de un poder discrecional de apreciación. Conforme a lo expresado por Busso, en un segundo sistema se distingue según se trate de una infracción a la obligación de hacer o a la obligación de no hacer. En el primer caso, se admite que el juez goza de un poder discrecional, mientras que en el segundo caso se hallaría obligado a ordenar la destrucción de las obras indebidamente construidas, cuando esto fuera requerido. Agrega el citado autor que en un tercer sistema, que prevalece en la doctrina moderna, los jueces tendrían, no la facultad sino el deber de ordenar la ejecución en especie, toda vez que ello fuera posible, no pudiéndose negar a ello, so pretexto de que esta ejecución o destrucción debiera importar gastos considerables. Así –dice Busso– la doctrina francesa admite, sin embargo, una excepción al principio consagrado por este tercer sistema, y reconoce al juez un poder discrecional para regular el modo de indemnización más conveniente, cuando la ejecución en especie afecte otros intereses que los del acreedor y deudor. Al referirse a la doctrina argentina, Busso señala que los autores de esa nacionalidad consideran que el tema es facultad del acreedor y no del juez, derivando tal conclusión de la interpretación del artículo 630 del ahora derogado Código de Vélez Sarsfield (BUSSO, pp. 371 y 372).

Por nuestra parte, debemos agregar que naturalmente esta segunda opción prevista por el Código Civil peruano podrá ser adoptada por el acreedor de una prestación no contraída *intuitu personae*, o por el acreedor de prestación *intuitu personae* que encuentre un tercero en quien confíe que ejecutará la prestación de un modo semejante o igualmente idóneo que el deudor original.

La experiencia profesional nos ha enseñado que al no existir procedimiento especial en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, tenía que recurrirse a un juicio ordinario para pedir la ejecución por un tercero, tal como antes lo señalamos. Y esto, sin duda alguna, era absurdo.

Hace varios años una empresa, cliente de uno de los coautores, celebró un contrato para la construcción de un pozo de agua tubular, que el deudor luego se negó a ejecutar. Su construcción era urgente, pues sin él se encontraba paralizado el funcionamiento de una importante fábrica. Solo quedó pedir indemnización, porque no podía ejecutarse forzadamente la obligación. Recurrir al juez para que autorizara la ejecución por un tercero resultó imposible, por obvias razones de tiempo.

Es de confiar –lo reiteramos– que el proceso sumarísimo del Código Procesal Civil vigente logre superar tan grandes obstáculos.

Por último, el tercer supuesto faculta al acreedor para dejar sin efecto la obligación.

Respecto de este punto deseamos efectuar ciertas precisiones. El artículo 1150 establece tres supuestos. Resulta evidente que al acreedor que se vea imposibilitado de hacer valer su derecho a través de cualquiera de las dos primeras alternativas planteadas, solo le quedará optar por la tercera, vale decir, demandar judicialmente que se declare sin efecto la obligación incumplida.

Pero consideramos que este no será el único caso en el cual se pueda optar por la solución prevista por el inciso tercero del artículo 1150, ya que bien podría demandarse la rescisión o resolución del contrato, teniendo aún la posibilidad de acogerse a cualquiera de los dos primeros incisos. Podría optarse por el inciso tercero, por ejemplo, si el acreedor ya no tuviese interés en el cumplimiento de la obligación, ni por parte del deudor originario, ni con el auxilio de un tercero, o simplemente por el mero incumplimiento de dicho deudor.

Finalmente, Marcadé (p. 439) entiende que el acreedor perjudicado por el incumplimiento de la obligación solo podría optar por el supuesto contemplado en el inciso tercero del artículo 1150 del Código Civil peruano, cuando el cumplimiento forzoso resulte solo de violencia dirigida contra la persona del deudor, o cuando el acreedor, aunque capaz de obtener el cumplimiento directo por la fuerza, consienta en satisfacerse con dejar sin efecto la obligación y con una eventual indemnización de daños y perjuicios.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Tercer Curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida. Lima, s/f.; BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BIBILONI, José Antonio. Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino. Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1929; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I. Lima, 1938; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies. París, 1870; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; HUC, Théophile. Commentaire Theórique et Pratique du Code Civil, Tomo VII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía

de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943; LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVI. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentarios Didaticos. Direito das Obrigaçoes. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. En: REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil, Tomo V. Okura Editores, Lima, 1985; MARCADÉ, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon. Tomo IV. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte. Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. Tomo II. Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Es posible exigir la ratificación de un contrato de compraventa

Habiéndose establecido en el caso de autos como juicio de hecho que el demandante celebró con la demandada la minuta de compraventa de fecha 9 de noviembre del año 1961 mediante la cual adquirió el inmueble (...) y que la escritura pública respectiva no fue inscrita en razón que el Registrador Público observó el título porque la persona (...) a la fecha de suscripción de la citada escritura pública no tenía facultades para representar a la demandada vendedora; consecuentemente, resulta jurídicamente viable que la demandada otorgue al accionante la escritura pública de ratificación del negocio jurídico celebrado con esta en los términos planteados en la demanda, ya que la verdadera voluntad objetiva de la norma reside en que ambas partes contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida por una de ellas, más aún si en la referida minuta inserta en el testimonio (...) se aprecia la manifestación de voluntad expresa de las partes por inscribir el referido acto jurídico en los Registros Públicos, lo cual no ha sucedido por las razones que se esgrimen en la esquela de observación (...). De lo expuesto se determina que la norma en comentario ha sido erróneamente interpretada al emitirse la resolución de vista y por lo tanto el medio impugnatorio propuesto debe declararse fundado, casarse la resolución de vista y actuándose en sede de instancia debe confirmarse la sentencia apelada ***(Cas. N° 244-2009-Lima).***

Ejecución de obligación a través de terceros comprende dos modalidades diferentes

Cuando se opte por lo establecido en el inciso segundo del artículo 1150, es decir exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este, para hacer una correcta interpretación de esta norma debe tenerse en cuenta dos situaciones: primero, cuando no se trata de caso urgente debe obtenerse autorización judicial para la ejecución del hecho debido, en cuya hipótesis el costo del cumplimiento de la obligación podrá obtenerlo el acreedor bajo el concepto de gastos de la ejecución por otro, más la exigencia de un pago indemnizatorio; y, segundo, cuando se da esa urgencia es posible prescindir del órgano jurisdiccional, para proceder por sí mismo o por un tercero, previa constitución en mora del deudor ***(Cas. N° 278-1998-Lima).***

Cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por culpa del deudor

Artículo 1151.- *El incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:*

1.- *Las previstas en el artículo 1150, incisos 1 o 2.*

2.- *Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.*

3.- *Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.*

4.- *Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.*

Concordancias:
C.C. arts. 1150 incs. 1) y 2), 1219 incs. 1) y 2), 1321

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

Mientras el artículo 1150 del Código Civil peruano alude a las opciones que la ley otorga al acreedor frente al incumplimiento total de la prestación por parte del deudor, el artículo 1151 está referido a los recursos que la ley concede al acreedor cuando el cumplimiento hubiese sido parcial, tardío o defectuoso, lo que equivale a decir que ha habido un incumplimiento de la obligación de distinto carácter al previsto por el artículo 1150.

Los alcances de esta norma son analizados a continuación.

1. Respecto de la integridad de la prestación

Resulta obvio que esta debe ser cumplida en su totalidad; lo que equivale a decir que el deudor tendrá que ejecutar, ni más ni menos, que aquello a lo que se ha obligado frente al acreedor.

Si el deudor no ejecutase íntegramente la prestación, estaría efectuando un cumplimiento parcial de la misma, supuesto contemplado en el ámbito conceptual del artículo 1151.

Pero también podría ocurrir que el deudor efectuase un cumplimiento más allá de lo pactado, es decir, un cumplimiento excesivo de la prestación, lo que equivale a decir que ha hecho más de aquello que se comprometió a hacer. Este supuesto no está previsto por el Código Civil.

Resulta claro que el cumplimiento parcial de una prestación podría originar daños y perjuicios al acreedor de la misma, y que dichos daños y perjuicios deberían ser resarcidos por el deudor incumpliente.

Pero lo que nunca se ha cuestionado es que un cumplimiento excesivo de la prestación también podría originar daños y perjuicios al acreedor (aunque cabe reconocer que en la mayoría de los casos no los ocasionaría). Por ejemplo, tenemos como deudor a un cantante que se hubiese obligado a dar un concierto entre las 8:00 y las 10:00 de la noche en un coliseo. Supongamos, además, que el acreedor procede a arrendar dicho coliseo por un lapso de tres horas (de 7:00 a 10:00). Si el deudor ofreciese el concierto, comenzando puntual, pero

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

no lo concluyera a las 10:00 p.m., sino a las 12:30 de la noche, indudablemente habrá ejecutado la integridad de la prestación debida, pero habría ido más allá por la ejecución excesiva o prolongada de la misma. Sin lugar a dudas, el propietario del coliseo podría exigir al arrendador (acreedor de la obligación) un pago adicional por el uso excesivo del local más allá de lo pactado. Ese gasto adicional, a nuestro entender, constituiría un perjuicio para el acreedor de la obligación, quien tendría derecho a demandar su resarcimiento por parte del deudor.

Sin embargo, como se ha expresado, la ley no contempla esta posibilidad. Pero resulta de fácil solución por las normas sobre inejecución de obligaciones consignadas en el Código Civil.

2. Respecto del momento en el que se debe ejecutar la obligación

La obligación será de cumplimiento oportuno en la medida en que tal ejecución se efectúe estrictamente a partir del plazo establecido.

Por ejemplo, si el cantante de nuestro ejemplo anterior se hubiese obligado a actuar a partir de las 8:00 de la noche y realmente empezase a partir de esa hora, el cumplimiento de su obligación sería oportuno.

Resulta obvio que un cumplimiento tardío podría ocasionar daños y perjuicios al acreedor.

Pero también podríamos encontrarnos ante la posibilidad de que el cumplimiento de la prestación no sea tardío, sino anticipado, vale decir, que se comience a efectuar antes del plazo señalado para su ejecución, y ello podría originar daños y perjuicios al acreedor de la prestación; como si el cantante aludido empezase a actuar a las 6.00 p.m., cuando no está presente en el coliseo sino una concurrencia insignificante.

3. Respecto de la forma en que se ejecuta la prestación objeto de la obligación

La forma de ejecución debe ser la adecuada, es decir, realizarse de la manera pactada y con las características convenidas (o establecidas legalmente). Si se produjese una ejecución que no llegara a reunir todas las condiciones o características pactadas para su cumplimiento adecuado, dicho cumplimiento podría ser calificado como defectuoso.

En el ejemplo del cantante, el cumplimiento sería sin lugar a dudas defectuoso, si no interpretase sus temas con la calidad y empeño habituales, sino que lo hiciese con desgano, por ejemplo. Este sería un cumplimiento defectuoso, que podría generar daños y perjuicios en favor del acreedor de la prestación.

Pero podría ocurrir todo lo contrario, es decir, que el cumplimiento o ejecución de la prestación se realice con características o condiciones superiores a las pactadas. Para nuestro ejemplo, que dicho cantante no cante como siempre, sino mejor que nunca.

Dicho cumplimiento podría ser calificado como más que adecuado.

Sin lugar a dudas, en el ejemplo señalado no se originarían daños y perjuicios. Pero podríamos encontrar casos en los cuales el cumplimiento, más allá de la idoneidad, sí generase daños y perjuicios para el acreedor.

Si una empresa ensambladora de vehículos encargase a un subcontratista la elaboración de tableros para automóviles con determinadas características, por ejemplo, de cuerina y de color azul, podría ocurrir que dicho subcontratista elaborase los tableros no de cuerina,

sino de cuero legítimo (material de evidente mejor calidad). Sin lugar a dudas, se habría producido un cumplimiento superior al de las características pactadas, pero podría dar lugar a daños y perjuicios, ya que dichos tableros podrían no hacer juego con el resto del tapizado de los vehículos, razón por la cual la empresa ensambladora estaría eventualmente obligada a paralizar su producción durante un tiempo, en espera de la fabricación de nuevos tableros.

Queremos decir que un cumplimiento *más que adecuado* puede ser, en estricto, uno *no adecuado.*

Este supuesto tampoco está contemplado por la ley (artículo 1151), pero resulta de fácil solución por las normas de inejecución de obligaciones consignadas en el Código Civil.

Lo expuesto podría resumirse gráficamente en un cuadro. En el mismo, se consignan tres rubros por los cuales puede ser calificado el cumplimiento de una obligación. Así, por su integridad, podrá tratarse de un cumplimiento parcial, íntegro o excesivo; en segundo lugar, de acuerdo con la oportunidad de su ejecución, podríamos hablar de un cumplimiento anticipado, oportuno o tardío; en tanto que por la forma o manera como se ejecuta la prestación, el cumplimiento puede ser defectuoso, adecuado o más que adecuado (categoría esta última que, en estricto, representa un cumplimiento no adecuado). Podríamos decir que el primer criterio responde a la pregunta ¿cuánto se ejecuta?; el segundo, a la interrogante ¿cuándo se ejecuta?; en tanto que el tercero, a ¿cómo se ejecuta?

Aquí, el cuadro a que hemos hecho mención:

	Cumplimiento no óptimo, susceptible de generar daños y perjuicios	**Cumplimiento óptimo de una obligación**	**Cumplimiento no óptimo, susceptible de generar daños y perjuicios**
Por su integridad	Parcial	Íntegro	Excesivo
Por su oportunidad	Anticipado	Oportuno	Tardío
Por la forma cómo se ejecuta	Defectuoso	Adecuado	Más que adecuado (por lo tanto, en estricto, no adecuado).

No obstante lo señalado hasta este punto, entendemos que los conceptos de *obligación excesiva*, *anticipada* y *más que adecuadamente cumplida*, podrían entenderse comprendidos en la expresión legal de *ejecución defectuosa.*

4. Alternativas del acreedor ante el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación por culpa del deudor

Para tal efecto, el artículo 1151 contiene cuatro opciones, cualquiera de las cuales puede elegir el acreedor. Se trata de las siguientes:

a) Ejercer las opciones previstas en los incisos 1 o 2 del artículo 1150.- Esto es:

a.1) Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

a.2) Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este.

Nuestros comentarios sobre estas opciones –ya efectuados oportunamente– nos relevan de formular mayores precisiones al respecto.

b) **Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.**- Podría ocurrir que una ejecución que no revista un cumplimiento perfecto de la prestación en los términos convenidos, haga dicho resultado inútil para el acreedor, en cuyo caso este tendría la opción de considerarla como no ejecutada.

Sería el caso en el cual se construya una pared con triplay, la misma que estaba destinada a soportar un segundo piso, y que debió ser hecha de material noble (ladrillos, cemento y fierro). En este ejemplo, dicha construcción no será de utilidad para el acreedor, de acuerdo con sus necesidades.

c) **Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.**- Sobre la base del mismo ejemplo citado para ilustrar el caso anterior, el acreedor podría optar por exigir que su deudor destruya la pared que construyó, o, incluso, si este no quisiese destruirla, hacerla destruir y cobrar al deudor incumpliente los gastos que irrogue tal destrucción.

Naturalmente que si se optase por este segundo camino, se requeriría de una resolución judicial que facultara el actuar del acreedor. De lo contrario, no podría cobrar al deudor lo gastado, y solo podría accionar por la vía de la indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto es discrecional.

Esta autorización judicial es indispensable, porque de no exigirse, podría haber connivencia o incluso negligencia del acreedor para contratar al tercero, pagando una suma enorme.

En este punto debemos precisar, con León Barandiarán (pp. 51 y 52), que para exigir la destrucción de lo ejecutado, la alteración en cuanto al modo debe revestir importancia: "Sobre el particular es útil observar, como lo hace Colmo, que la ley en lo que concierne a la penalidad consagrada en la segunda parte del artículo 625 del [derogado] Código argentino (1182 del nuestro –León Barandiarán se refiere al Código Civil de 1936–), se coloca en el supuesto de que la alteración en cuanto al modo sea de importancia, desde que si el precepto fuera aplicable literalmente, se llegaría a evidentes anomalías, vale decir, despropósitos; y así, so pretexto de una leve diferencia en la calidad del papel del libro, se podría dejar sin efecto toda una edición; por razón de un simple matiz en el color de una pintura, habría que volver a pintar todo un edificio; en virtud de una diferencia multimétrica del flete de la cornisa de un mueble de lujo, el acreedor podría oponerse a la recepción del mismo; etc.".

d) **Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.**- Por último, en el supuesto de que la prestación ejecutada no revista todas las condiciones previstas, pero aun así fuese de utilidad para el acreedor, podrá ocurrir que este prefiera darla por ejecutada, salvando los defectos que se hubieran podido haber cometido en su cumplimiento.

Sería el caso en el cual una persona encargue a otra el pintado de una casa con una pintura de primera calidad, y dicho pintor la hubiera pintado con materiales de calidad inferior a la pactada. Aquí el acreedor podría considerar como no ejecutada la

prestación o, si le es tolerable el resultado, aceptarlo, exigiendo una reducción de la contraprestación a su cargo, si la hubiere.

El Código Civil no resuelve el supuesto en el cual no se trate de un contrato de prestaciones recíprocas, pero pensamos que, de ser este el caso, el acreedor mantendrá las mismas opciones planteadas por el artículo 1151; y que, de optar por la contemplada en este apartado, simplemente se limitaría a la aceptación de la prestación ejecutada, no pudiendo exigir nada adicional al deudor.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Tercer Curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida. Lima, s/f.; BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BIBILONI, José Antonio. Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino. Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1929; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I. Lima, 1938; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies. París, 1870; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; HUC, Théophile. Commentaire Theórique et Pratique du Code Civil, Tomo VII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943; LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVI. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentarios Didaticos. Direito das Obrigaçoes. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. En: REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil, Tomo V. Okura Editores, Lima, 1985; MARCADÉ, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon. Tomo IV. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte. Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. Tomo II. Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Debe probarse el cumplimiento defectuoso para afirmarse la inejecución de la obligación

(E)l artículo 1151, inciso 2, del Código Civil prescribe que "el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas: 2) considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él". En tal virtud, para la aplicación de la norma invocada se debe examinar si en el caso de autos se ha acreditado fehacientemente que la obligación de hacer haya sido cumplida en forma parcial, tardía o defectuosa por culpa del deudor (...). En tal sentido, examinado el proceso, se constata que la entidad recurrente alega que la demandante cumplió son su prestación en forma tardía y defectuosa, sin embargo, conforme se desprende de las pruebas aportadas por esta parte, no se verifica tal supuesto, toda vez que no puede concluir que existe relación de causalidad entre las fotografías y las inspecciones judiciales que determinan que existe maduración de las frutas con la prestación efectuada por la accionante, además, que con relación a los e-mails, según los cuales la demandada habría puesto de conocimiento la prestación incumplida tampoco causa convicción pues se trata de un medio de comunicación que no goza de certeza alguna **(Cas. N° 2210-2006-Piura).**

Ejecución parcial y defectuosa de la prestación

En el caso de autos ha quedado evidenciado que los demandados se obligaron frente a la demandante a la realización del contrato de obra (...), el mismo que, según los informes técnicos (...) ha sido cumplido en forma defectuosa y parcial, motivando que la actora celebre un nuevo contrato con otra empresa. Es más, la accionante mediante las comunicaciones cursadas, (...) ha puesto de manifiesto que comunicó a los demandados la ejecución defectuosa y parcial de la prestación a su cargo; razón por la cual nada obsta para que solicite el pago de una indemnización en los términos planteados en la demanda subordinada **(Cas. N° 3711-2008-Lima).**

Indemnización por incumplimiento

Artículo 1152.- ***En los casos previstos en los artículos 1150 y 1151, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda.***

Concordancias:
C.C. arts. 1150, 1151, 1219 inc. 3), 1321, 1428, 1429

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE(*)

Como hemos expresado al referirnos a los artículos 1150 y 1151 del Código Civil peruano, al acreedor que se viese perjudicado por el incumplimiento total de la prestación o por un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, le asiste el derecho al reembolso de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubiese ocasionado.

De acuerdo con las doctrinas de Pothier (p. 118), es evidente la razón que sustenta el principio recogido por el artículo 1152 del Código Civil peruano, ya que siendo la obligación un lazo de derecho, no puede haber obligación cuando aquel que ha prometido hacer o no hacer una cosa, puede dejar impunemente de hacerla. Agrega que, resulta obvio que puede dejar impunemente de ejecutarla, cuando ya no tiene interés alguno justipreciable de que haga o no lo que ha prometido; pues que de ello no puede resultar para con él indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de su promesa, ya que la indemnización de daños y perjuicios no es otra cosa que la estimación del interés que tiene el acreedor en la ejecución de la obligación (pp. 137 a 140).

Debe tenerse en cuenta que la obligación de indemnizar daños y perjuicios al acreedor no es una facultad del deudor, quien, tal como lo expresa Boffi Boggero (p. 429), no puede librarse del cumplimiento de la obligación ofreciendo el pago de un resarcimiento; lo que equivale a decir, en palabras del autor citado, que no puede ofrecer la sanción para cometer el ilícito.

Debemos precisar que los artículos 1150 y 1151 están referidos a supuestos de incumplimiento debido a culpa (leve o inexcusable) o dolo del deudor.

Por último, es preciso señalar que la imposibilidad de ejecución podría haberse originado, por ejemplo, por una disposición de la autoridad, como la prohibición de construir un edificio, caso en el cual no sería ni ejecutable, ni habría culpa del deudor.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Tercer Curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida. Lima, s/f.; BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BIBILONI, José Antonio. Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino. Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1929; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986;

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

CORNEJO, Angel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I. Lima, 1938; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies. París, 1870; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; HUC, Théophile. Commentaire Theórique et Pratique du Code Civil, Tomo VII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943; LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVI. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentarios Didaticos. Direito das Obrigaçoes. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. En: REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil, Tomo V. Okura Editores, Lima, 1985; MARCADÉ, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon. Tomo IV. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte. Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. Tomo II. Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La penalidad como forma de indemnización por daños

{L}a penalidad pactada sirve para indemnizar los daños y perjuicios que cause el incumplimiento del deudor, con lo cual en el caso de autos, como se precisó en las sentencias de mérito, la penalidad aplicable a la demandante ha sustituido o restituido cualquier daño que se hubiere generado a la demandada por el cumplimiento tardío de la obligación. Por lo tanto, en autos no se advierte infracción normativa del artículo 1152 ***(Cas. N° 4603-2009-Lima).***

Cumplimiento parcial, tardío o defectuoso sin culpa de las partes

Artículo 1153.- ***El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1151, incisos 2, 3 o 4.***

Concordancias:
C.C. art. 1151 incs. 2), 3) y 4)

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE(*)

De presentarse el supuesto enunciado en esta norma, el acreedor tendrá la posibilidad de optar entre cualquiera de las tres opciones que se mencionan a continuación:

a) Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.

b) Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.

c) Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

Nos abstenemos de comentar estas tres opciones, dado que ya lo hemos hecho al referirnos al artículo 1151 del Código Civil.

Sin embargo, queremos precisar que para el caso del artículo 1153, el acreedor no podrá exigir de su deudor indemnización alguna, debido a que el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso no se debe a culpa de dicho deudor, sino a acontecimientos ajenos a su voluntad.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Tercer Curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida. Lima, s/f.; BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BIBILONI, José Antonio. Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino. Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1929; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I. Lima, 1938; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies. París, 1870; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; HUC, Théophile. Commentaire Theórique et Pratique du Code Civil, Tomo VII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943; LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVI.

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentarios Didaticos. Direito das Obrigaçoes. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. En: REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil, Tomo V. Okura Editores, Lima, 1985; MARCADÉ, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon. Tomo IV. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte. Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. Tomo II. Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

El pago tardío debe acreditarse como causa de la pérdida patrimonial para que proceda indemnización

Para que se ampare la indemnización la entidad actora debe demostrar el daño sufrido y la correspondiente relación de causalidad, para lo cual se debe acreditar que el incumplimiento de la obligación por parte de la emplazada mantiene un nexo directo con el daño que se acusa; debiendo entenderse en autos que es el pago tardío el que motivó el retraso en la ejecución del proyecto de ampliación de la fábrica de zinc mencionada. (...). Que en tal entender es evidente que el mero incumplimiento de una obligación por parte del demandado es insuficiente para dar por generados los daños colaterales que se reclaman, pues si la actora afirma que el retraso de la obra de ampliación de su planta, que además fue financiada por el Banco Interamericano de Desarrollo, es consecuencia directa de la inejecución de la obligación a cargo del Estado era necesario que demostrara que el dinero pagado tardíamente estaba destinado a la obra y si el Estado pudo haber tenido conocimiento de tal situación, toda vez que sin dichos elementos es de improbable posibilidad concluir si la empresa retrasó su proyecto por causa imputable al demandado o si existieron otros motivos para tal retraso ***(Cas. N° 2487-2003-Lima).***

Imposibilidad de la prestación por culpa del deudor

Artículo 1154.- ***Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda.***

La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor.

Concordancias:
C.C. arts. 1138 inc. 1), 1160, 1321, 1336, 1432

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

Si dicha prestación resultase imposible, es lógica la consecuencia prevista por la norma, vale decir, que la obligación del deudor quede resuelta.

Si se tratase de un contrato de prestaciones recíprocas, el acreedor dejaría de estar obligado al pago de la contraprestación.

Si estamos ante un contrato de prestaciones autónomas o de un contrato unilateral, el acreedor tendrá derecho a exigir del deudor que hizo imposible el cumplimiento de una prestación de hacer, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (naturalmente si los hubiese sufrido).

El segundo párrafo del artículo 1154 no trata del supuesto en el cual la prestación resulte de ejecución imposible por culpa del deudor después de la constitución en mora de este; pues si tal fuera el caso, dicho segundo párrafo sería absolutamente reiterativo e innecesario.

Sabemos que las prestaciones de hacer pueden consistir en prestaciones *intuitu personae* (o infungibles) o en prestaciones que no revistan estas características. Eugenio Gadea Reidner (p. 70) expresa, dentro de esta distinción, que en el caso de las primeras obligaciones (las *intuitu personae*), la imposibilidad de la prestación se podría dar en las siguientes hipótesis: si el deudor muere o deviene física o mentalmente incapaz para aquella prestación; o si por otras causas no dependientes de su voluntad no puede realizar la prestación (Gadea cita como ejemplo el servicio militar). En relación a la imposibilidad de la prestación en las obligaciones de hacer de naturaleza fungible, Gadea señala que en este caso nunca hay imposibilidad, puesto que si el deudor no se encuentra en la facultad de cumplir, será factible que un tercero ejecute la prestación por cuenta de él; agrega que aquí también existe la regla general de la ley, consistente en que si ella prohíbe determinada actividad, será imposible cumplir la obligación concertada sobre dicha prestación.

El segundo párrafo del artículo 1154 del Código peruano se refiere al supuesto en el cual la prestación resulte imposible sin culpa del deudor, situación que en un caso típico no acarrearía sanción alguna. Pero como aquí el deudor ha sido constituido en mora, y como esta situación jurídica exige la culpa o el dolo (artículo 1336), aunque la inejecución no le sea imputable, responderá –justamente por su condición de moroso– de daños y perjuicios.

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

La consecuencia de esta norma es clara, ya que la constitución en mora hace variar radicalmente el tratamiento del mismo caso en una situación usual. Si el deudor no estuviese en mora, se aplicaría el artículo 1153 del Código y no el segundo párrafo del artículo 1154.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Tercer Curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida. Lima, s/f.; BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BIBILONI, José Antonio. Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino. Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1929; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I. Lima, 1938; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies. París, 1870; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; HUC, Théophile. Commentaire Theórique et Pratique du Code Civil, Tomo VII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943; LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVI. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentarios Didaticos. Direito das Obrigaçoes. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. En: REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil, Tomo V. Okura Editores, Lima, 1985; MARCADÉ, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon. Tomo IV. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte. Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. Tomo II. Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS SUPREMOS

Imposibilidad sobrevenida de la prestación es ineficacia funcional

La ineficacia puede producirse por muy diversas causas; pero, en el entender de la doctrina más coherente y avanzada, se debe distinguir entre ineficacias estructurales y funcionales, atendiendo primordialmente al origen de la falta de consecución de los efectos negociales; sea que nos encontremos frente a vicios desde la misma conformación del negocio jurídico, por tanto vicios originarios, o producidos de manera sobrevenida, y que por tanto son susceptibles de ser impugnados por ineficaces (Cas. Nº 3189-2012-Lima. V Pleno Casatorio. Considerando 144).

Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor

Artículo 1155.- *Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero este conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.*

Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, este hubiera sido constituido en mora.

Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

Concordancias:
C.C. arts. 1138, 1160, 1338, 1339, 1340, 1432

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

Como se observa, el primer párrafo del artículo 1155 está referido a un supuesto de imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor. En este caso, ante la imposibilidad de que sea ejecutada, se resuelve la obligación. Sin embargo, el deudor conservará el derecho a la contraprestación, si se tratase de un contrato de prestaciones recíprocas.

En cuanto al segundo párrafo, podría suceder, por ejemplo, que el cumplimiento de la prestación por el deudor dependa necesariamente del previo cumplimiento de alguna prestación a cargo del acreedor. Así, el pintor al cual el acreedor le ha encomendado un retrato con su imagen, no estaría en aptitud de ejecutarlo si el acreedor no cumple con posar durante un determinado lapso. Si en este supuesto el acreedor hubiese sido constituido en mora por el deudor a fin de que cumpla con su prestación (que la estaría inejecutando por dolo o culpa), y más tarde la prestación resultase imposible sin culpa del acreedor (ni tampoco del deudor), las consecuencias de dicha imposibilidad le serían imputadas al acreedor, pues si bien la imposibilidad no se produjo por su culpa, su incumplimiento de la prestación previa y necesaria, determinaron que el deudor no pudiese ejecutar la prestación. Podría tratarse, por ejemplo, del advenimiento súbito de un defecto físico sobreviniente al deudor sin su culpa, que lo imposibilitara para seguir pintando.

Por último, el tercer párrafo del artículo 1155, vinculado a los dos párrafos que le anteceden, se refiere al supuesto en el cual la prestación resultase imposible o por culpa del acreedor o sin culpa del mismo, pero habiendo sido previamente constituido en mora por el deudor. Si este obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, tal beneficio reducirá el monto de la contraprestación, si la hubiere, a cargo del acreedor.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Tercer Curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida. Lima, s/f.; BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BIBILONI, José Antonio. Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino. Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1929; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I. Lima, 1938; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies. París, 1870; DÍEZ-PICAZO, Luis y Gullón, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; HUC, Théophile. Commentaire Theórique et Pratique du Code Civil, Tomo VII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943; LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVI. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentarios Didaticos. Direito das Obrigaçoes. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. En: Revoredo Marsano, Delia. Código Civil, Tomo V. Okura Editores, Lima, 1985; MARCADÉ, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon. Tomo IV. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte. Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945; Real Academia de la Lengua Española. Diccionario. Tomo II. Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes

Artículo 1156.- ***Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida.***

Concordancias:
C.C. arts. 1138 inc. 5), 1160, 1314, 1316, 1431, 1788, 1789

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE(*)

En este caso, al ser imposible la ejecución de la prestación, la obligación queda resuelta.

El precepto establece, además, que el deudor deberá devolver al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido. Esta norma, en consecuencia, prevé que el riesgo de la contraprestación lo sufre el deudor.

Respecto a los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida, ellos corresponderían al deudor. Esta regla acoge el mismo principio –de justicia evidente– que el consagrado por el inciso quinto del artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar, y por el artículo 1160, referente a las obligaciones de no hacer.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Tercer Curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida. Lima, s/f.; BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BIBILONI, José Antonio. Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino. Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1929; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I. Lima, 1938; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies. París, 1870; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; HUC, Théophile. Commentaire Theórique et Pratique du Code Civil, Tomo VII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943; LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVI. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentarios Didaticos. Direito das Obrigaçoes. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; MAISCH VON

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

HUMBOLDT, Lucrecia. En: REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil, Tomo V. Okura Editores, Lima, 1985; MARCADÉ, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon. Tomo IV. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte. Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. DICCIONARIO. Tomo II. Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

Adquisición por el deudor de una indemnización de derechos como consecuencia de la inejecución de la prestación por culpa suya

Artículo 1157.- ***Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor este obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituir al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.***

Concordancias:
C.C. arts. 1138 inc. 1), 1160

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre(*)

La norma está destinada a que el acreedor vea satisfechos, de la manera más expeditiva e idónea, sus derechos.

En tal sentido si, por ejemplo, el cumplimiento de la prestación de hacer hubiese estado asegurado para el caso de ocurrir un siniestro que impidiera ejecutarla por culpa del deudor, el acreedor podría exigirle la entrega de la indemnización que hubiera cobrado a la compañía de seguros o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra tal asegurador, en caso de que este aún no hubiera desembolsado el monto de la indemnización.

Otro caso sería el de la concurrencia de culpas entre el deudor y un tercero, que impidiera el cumplimiento de la obligación de hacer, hipótesis en la que el acreedor podría actuar contra el deudor para exigirle el monto de la indemnización pagada por el tercero, si el pago ya se hubiera producido, o accionar directamente contra el tercero corresponsable para exigirle el pago, también directo, de dicha indemnización.

Consideramos que es oportuno efectuar aquí una aclaración de importancia. Si el acreedor, en las hipótesis previstas, actuara contra la compañía de seguros o el tercero, obligados al pago de una indemnización al deudor, se produciría, sin duda, una subrogación personal, la misma que carecería, sin embargo, de una de las características esenciales de la acción subrogatoria u oblicua regulada por el artículo 1219, inciso cuarto, del Código Civil.

En efecto, el precepto comentado tiene por finalidad, en los casos planteados, que la compañía de seguros o el tercero paguen directamente al acreedor el monto de la indemnización a la que están obligados. Por el contrario, la acción subrogatoria u oblicua tiene por objeto que se incorpore la acreencia del deudor contra un tercero al patrimonio del deudor, y desde esta óptica, el cobro de tal acreencia, en este caso la indemnización, no correspondería necesariamente al acreedor accionante, sino que pasaría por las prelaciones que establece la ley, correspondientes a otros acreedores del deudor. Por eso los franceses, refiriéndose a la acción subrogatoria u oblicua, señalan que con frecuencia ella determina que se "saquen las castañas del fuego con mano ajena". Adicionalmente, la acción subrogatoria u oblicua solo puede ser ejercitada cuando el deudor es insolvente y negligente.

Precisamos, para concluir, que las reglas consignadas por el artículo 1157 del Código Civil, bajo análisis, no son privativas de este precepto, pues ellas también se establecen en

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

otras normas del propio Código, singularmente en el parágrafo segundo del inciso primero del artículo 1138 del Código Civil, relativo a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar, y en el artículo 1160, referente a las obligaciones de no hacer.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Tercer Curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida. Lima, s/f.; BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967; BIBILONI, José Antonio. Anteproyecto de Reforma al Código Civil argentino. Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1929; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSSO, Eduardo B. Código Civil anotado, Obligaciones, Tomo IV. Ediar Soc. Anón. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Lima, 1957; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1986; CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I. Lima, 1938; DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino, Tomo II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946; DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXIV. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies. París, 1870; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985; GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5. Lima, 1986; HUC, Théophile. Commentaire Theórique et Pratique du Code Civil, Tomo VII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las obligaciones, Tomo VI, Volumen I. Compañía de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943; LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVI. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones, Tomo II. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentarios Didaticos. Direito das Obrigaçoes. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983; MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. En: REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil, Tomo V. Okura Editores, Lima, 1985; MARCADÉ, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon. Tomo IV. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro V del Proyecto de Código Civil. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1936; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte. Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945; REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. Tomo II. Espasa Calpe S.A., 1984; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

TÍTULO III
OBLIGACIONES DE NO HACER

Derechos del acreedor por incumplimiento culposo

Artículo 1158.- *El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:*

1.- *Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.*

2.- *Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.*

3.- *Dejar sin efecto la obligación.*

Concordancias:
C.C. arts. 1150, 1151, 1159, 1219 inc. 1), 1321, 1372, 1428, 1429, 1430; C.P.C. arts. 694 inc. 4), 710 y ss.; LEY 26636 art. 73 inc. 4), 75.

Derecho de indemnización

Artículo 1159.- ***En los casos previstos por el artículo 1158, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.***

Concordancias:
C.C. arts. 1152, 1158, 1219 inc. 3), 1321, 1428, 1429

Normas aplicables a las obligaciones de no hacer

Artículo 1160.- ***Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157.***

Concordancias:
C.C. arts. 1138 incs. 1) y 3), 1154, 1155, 1156, 1157, 1339, 1340, 1431, 1432

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO(*)

1. Introducción

La regulación de las obligaciones de no hacer en nuestro Código Civil, responde a una consolidada tradición jurídica(1) que clasificó las obligaciones en general según la naturaleza de la conducta prometida por el deudor. Como refiere la dotrina nacional, "sobre la base de los posibles contenidos de la prestación, las obligaciones se pueden clasificar en: (i) obligacio nes con prestaciones de dar; (ii) obligaciones con prestaciones de hacer; y, (iii) obligaciones

(*) El autor agradece la colaboración de Angélica Grande en la elaboración del presente comentario.

(1) Al respecto: CASTILLO FREYRE, Mario. "Sobre las obligaciones y su clasificación". En: *Themis, Revista de Derecho*, N° 66. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 212: "Ingresamos a una clasificación tradicional: por la naturaleza de la prestación. Las obligaciones pueden ser: (i) De dar; (ii) de hacer; o, (iii) de no hacer".

con prestaciones de no hacer"[2]. Así, entonces, se admite expresamente en nuestro Código que una obligación pueda consistir en una abstención: un no hacer o un dejar de hacer.

Estas obligaciones son conocidas también como obligaciones omisivas o negativas, y su ejecución, como veremos, no está exenta de problemas. Nuestro Código, si bien admite que se pacten obligaciones omisivas, no se detiene en las distintas manifestaciones de este tipo de obligaciones. Nuestro texto opta más bien por una alternativa funcional, incluyendo preceptos referidos a las consecuencias del incumplimiento o imposibilidad de esta clase de obligaciones.

Por otro lado, un tema central en este tipo de obligaciones es su eventual colisión con otra clase de derechos reconocidos en nuestro ordenamiento. Surge así un nuevo terreno de enfrentamiento entre la autonomía de la voluntad y dispositivos de orden público. En efecto, hoy se advierte con mayor claridad que no es posible garantizar las libertades económicas protegiendo solo la autonomía privada, pues un abuso de esta, en relaciones de mercado asimétricas, generará indeseables situaciones de injusticia, que deberán evitarse no tanto por razones éticas como por razones de eficiencia económica.

Bajo este contexto deben considerarse algunos ejemplos de obligaciones de no hacer como los pactos de no transferencia de acciones, los pactos de no distribución de utilidades, las cláusulas de exclusividad y de no competencia, y otras controvertidas obligaciones de no hacer que suelen incluirse en importantes contratos mercantiles.

2. Las prestaciones de no hacer

Se entiende que la prestación de no hacer consiste únicamente en abstenerse de realizar cierto tipo de conductas o tolerar ciertas actividades del acreedor, y que su incumplimiento permite al acreedor exigir la ejecución forzada de la prestación, la destrucción de lo indebidamente hecho o la correspondiente indemnización[3]. Así, la mayoría de los apuntes doctrinarios se refieren a las formas de enfrentar el incumplimiento de la obligación atendiendo a una visión funcional de la problemática que encierran las conductas omisivas.

Sin embargo, no es posible comprender cabalmente las disposiciones del Código referidas al incumplimiento e imposibilidad de las obligaciones omisivas, sin conocer previamente los distintos tipos de obligaciones negativas que son posibles.

En efecto, creemos que la precisión del tipo de conducta omisiva pactada permitirá comprender el uso correcto de los diversos instrumentos que existen a disposición del acreedor de una conducta de no hacer. Estos instrumentos legales son según nuestro Código: la ejecución forzada, la destrucción de lo indebidamente hecho, dejar sin efecto la obligación y la indemnización correspondiente.

Un sector de la doctrina[4], ha intentado sistematizar los diversos tipos de conductas omisivas según la modalidad de su ejecución, para efectos de explicar la mora en las obligaciones

(2) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Apuntes para una estructura de la relación obligatoria y su clasificación". En: *Themis, Revista de Derecho,* N° 60. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pp. 259-260.

(3) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones.* Tomo 3, Espasa Calpe, Madrid, 1988, p. 70.

(4) Véase, MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de Obligaciones.* Advocatus, Córdoba, 1998; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "La mora en las obligaciones con prestaciones de no hacer". En: *Themis, Revista de Derecho,* N° 12. Pontificia Universidad del Perú, Lima, 1988, pp. 72-77; ROMERO ZAVALA, Luis. *El Derecho de las Obligaciones en el Perú.* Tomo 1, Fecat, Lima, 1999.

de no hacer. Nosotros creemos que esta sistematización puede ser útil para explicar también las disposiciones del Código Civil referidas a las consecuencias de su incumplimiento.

3. Prestación de no hacer: la conducta prometida

Se han distinguido dos claros supuestos de prestaciones de no hacer. Estos son: (i) mantener un no hacer; y (ii) cesar un hacer. Ambos casos presentan ciertas particularidades.

3.1. Mantener un no hacer

Este supuesto ocurre cuando existe una situación caracterizada por la inexistencia de actividad antes de celebrado el convenio. El acuerdo estipula que dicha situación deberá mantenerse inalterable por una de las partes: el deudor. Se trata de un no hacer en sentido puro. Su ocurrencia lo representamos en el siguiente cuadro:

Antes del convenio	Después del convenio
No hacer	Mantener un no hacer

A su vez, esta conducta nos permite distinguir dos subtipos de conductas omisivas: (i) mantener un "no hacer" de ejecución instantánea, es decir, una conducta que se ejecuta en un momento único, en una sola actividad y, (ii) mantener un no hacer mediante una conducta duradera a lo largo de un periodo determinado.

a) Mantener un no hacer de cumplimiento inmediato

Bajo esta modalidad, se pacta mantener la conducta de no hacer previa al convenio, pero en un momento inmediatamente posterior a la celebración del acuerdo.

Como veremos, la no realización de la conducta antes descrita, condiciona las posibilidades de acción del acreedor. En efecto, en estos casos, el incumplimiento ocurre cuando el deudor no mantiene la conducta omisiva justo en el momento previsto en el pacto o convenio. Nótese que el tiempo y la circunstancia bajo los cuales debe desarrollarse la omisión es trascendental, al punto que ya no importará si el deudor se "abstiene" después del incumplimiento.

De lo anterior se desprende que, la inobservancia del pacto, suscita un incumplimiento definitivo de la obligación, ya que el interés principal del acreedor no solo es la conducta omisiva, sino también la oportunidad precisa de su realización, cuya contravención excluye la posibilidad de volver a cumplir.

Tales circunstancias representan para el acreedor la imposibilidad de exigir la ejecución forzada de la prestación, pues como sabemos, esta acción está destinada a coaccionar judicialmente al deudor para que realice la prestación a su cargo no obstante el incumplimiento. En consecuencia, al acreedor solo le corresponde dejar sin efecto este extremo de la obligación y reclamar únicamente las prestaciones complementarias o alternas de haber sido acordadas, así como exigir la correspondiente indemnización.

Podemos decir, entonces, que la inobservancia del pacto de "mantener un no hacer de ejecución instantánea o inmediata", siempre calificará como un incumplimiento definitivo en razón de la especial consideración que recae en la oportunidad de su ejecución. Por tanto, en estos casos, no se justifica que el acreedor persiga la ejecución forzada o la destrucción de lo indebidamente hecho, pues ambos supuestos

denotan el interés en la prestación aun después del incumplimiento, situación que no puede ocurrir en el presente caso.

b) Mantener un no hacer de ejecución duradera

Bajo esta modalidad, se pacta mantener la conducta de no hacer previa al convenio, por un periodo más o menos prolongado que, según afirma Cárdenas, puede ser de ejecución continuada o periódica[5]. Dos ejemplos ilustran el tipo omisivo bajo comentario: (i) el caso de una modelo que se compromete a no quedar embarazada durante el periodo que dure su permanencia en la agencia de modelaje que la convocó, y (ii) el caso del arrendador que se obliga a no modificar los ambientes del bien arrendado durante todo el tiempo que dure la permanencia del arrendatario.

Esta modalidad de conducta omisiva fija especial atención en la oportunidad de su ejecución, pero a diferencia de la anterior, no se desarrollará en un momento específicamente determinado, sino en un tiempo prolongado. No obstante el carácter duradero de la ejecución, el incumplimiento de este tipo de conducta omisiva a veces puede ser definitivo, pero también puede no serlo.

Así, en el primer caso, si la modelo queda embarazada, se generan consecuencias materiales que no se pueden revertir durante todo el tiempo que dure el contrato, más aún, si consideramos que la modelo fue contratada por un lapso de seis meses. Atendiendo al tiempo de duración del contrato y a los efectos de la conducta omisiva no observada, no existirá forma de revertir la situación de incumplimiento. En este caso, la ejecución indebida de la conducta vedada genera un incumplimiento definitivo. En cambio, en el ejemplo del arrendador, las consecuencias materiales de la contravención del pacto sí se pueden revertir y, por tanto, procede destruir lo indebidamente construido y exigir vía ejecución forzada que se cumpla la obligación de no construir durante el tiempo que reste antes del vencimiento del contrato.

Entonces, cuando el incumplimiento es definitivo por haberse generado consecuencias materiales que ya no se pueden revertir durante el tiempo de vigencia del contrato, no hay lugar a invocar la ejecución forzada de la prestación ni la destrucción de lo indebidamente hecho, ya que ambas acciones judiciales denotan el interés del acreedor en la prestación aún después del incumplimiento. Al acreedor solo le corresponde exigir las obligaciones complementarias que se hayan pactado y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. En cambio, si se trata de prestaciones de mantener un no hacer de ejecución duradera, cuyo incumplimiento genera consecuencias materiales que sí se pueden revertir durante el tiempo que dure el contrato, entonces, sí procede la ejecución forzada o la destrucción de lo indebidamente hecho (si la obligación no es *intuito personae*) o dejar sin efecto la obligación si el cumplimiento ya no es de interés del acreedor y, en todo caso, la correspondiente indemnización.

3.2. Cesar un hacer

Consiste en dejar de realizar una actividad específica que se ha venido ejecutando antes del convenio. Se trata de una prestación de hacer pero de signo negativo: el deudor se

(5) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Ob. cit., p. 74. Comparte esta visión: BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Comentarios a algunas de las propuestas de enmienda del Código Civil (Libro de Obligaciones)". En: *Themis, Revista de Derecho*, N° 60. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p. 238.

compromete a "cesar" las actividades que estaba realizando. Aquí ya no estamos ante una obligación de no hacer en sentido puro. Este supuesto lo representamos de la siguiente manera:

Antes del convenio	Después del convenio
Haciendo	Dejar de hacer

Este supuesto también comprende dos subtipos de conducta omisiva: (i) un dejar de hacer de ejecución instantánea o inmediata; y (ii) un dejar de hacer de ejecución duradera.

a) Dejar de hacer de ejecución instantánea

Bajo esta modalidad se pacta dejar de hacer una determinada actividad en un momento específico, es decir, su cumplimiento se da en un solo acto. La inobservancia de este tipo de conducta omisiva, ocurre cuando el deudor realiza la conducta vedada justo en el momento en que, según el pacto, debía dejar de realizarla.

Lo anterior genera el incumplimiento definitivo del pacto. Esto es así porque en este tipo de obligaciones, el tiempo de ejecución de la prestación también juega un papel fundamental. No interesa solo la conducta omisiva, sino también su realización en un momento específico. Tan significativo es el criterio de oportunidad, que no importará si luego del incumplimiento el deudor decide cumplir con su obligación. La temporalidad especial que acompaña al pacto de no hacer, hace que no se puedan revertir los efectos del incumplimiento de la obligación.

Sin duda, lo expresado nos recuerda los efectos del incumplimiento de una de las modalidades omisivas ya comentadas. De allí que es momento de precisar que, frente al incumplimiento de un pacto de no hacer de ejecución instantánea, debemos distinguir previamente si la conducta consiste en "mantener un no hacer" o en un "dejar de hacer algo".

El acreedor que no ve realizada la abstención prometida por su deudor en la oportunidad específica esperada, también tiene en este caso un campo de acción limitado, en razón de la falta de trascendencia de la prestación luego del incumplimiento. Por tanto, no habrá lugar a que el acreedor proceda a exigir la ejecución forzada o la destrucción de lo indebidamente hecho, porque ambas acciones delatan un interés en la prestación aún después del incumplimiento, que en este caso tampoco se da.

Por tanto, solo queda dejar sin efecto la obligación y demandar la correspondiente indemnización.

b) Dejar de hacer de ejecución duradera

Esta modalidad supone la realización de una actividad previa al contrato, que deberá dejar de realizarse o hacerse durante un tiempo o periodo más o menos prolongado mientras dure el contrato.

La inejecución de la obligación en el periodo pactado puede generar, como ya lo hemos visto antes, el incumplimiento definitivo de la obligación, o puede no generar dicho efecto.

El incumplimiento será definitivo cuando los efectos materiales de la conducta indebidamente realizada no se puedan revertir durante el tiempo de duración del contrato. Es decir, no obstante que la conducta de "dejar de hacer" se desarrolla en un

tiempo prolongado, el primer acto de incumplimiento genera efectos irreversibles. En estos casos, recordemos, no tiene sentido que el acreedor exija la ejecución forzada de la prestación o la destrucción o retiro de lo indebidamente ejecutado, solo queda dejar sin efecto la obligación y exigir la indemnización correspondiente. Ello es así por el carácter irreversible del incumplimiento en todo el periodo de duración del contrato.

Distinto será el caso de una prestación de ejecución duradera pero cuyo incumplimiento no genera efectos irreversibles en el tiempo de duración del contrato. En este último caso, el acreedor sí puede pedir la ejecución forzada o la destrucción de lo indebidamente realizado, ya que es posible que no obstante el incumplimiento, el deudor cumpla en el tiempo de vigencia del contrato que aún no ha transcurrido.

De todo lo expuesto, se desprende que la adecuada aplicación de las consecuencias jurídicas con motivo del incumplimiento de las obligaciones de no hacer, previstas en la ley civil, exige desarrollar el siguiente esquema de pensamiento: (i) precisar la naturaleza de la conducta omisiva según implique "mantener un no hacer" o "dejar de hacer" una actividad; (ii) en cada caso se debe precisar la forma de ejecución de la conducta omisiva prometida, es decir, si es inmediata o duradera (u otras modalidades de ejecución); y (iii) finalmente, se debe evaluar el carácter reversible o irreversible del incumplimiento en el tiempo de duración del contrato que se haya pactado.

4. Límites de la conducta de no hacer

Luego de haber determinado las formas de conducta que supone la prestación de no hacer, es necesario mencionar que la omisión debida en cada caso, no consiste en un simple abstenerse. Señala Díez-Picazo que la inactividad impuesta al deudor no es una pura y simple inactividad, sino la no realización de determinados actos en relación a la función que con ellos trata de obtener el acreedor. No se trata solo de la exigencia de licitud de la conducta prometida, sino también de razonabilidad y utilidad que de manera especial deben observarse en las obligaciones de no hacer(6). De no concurrir estas exigencias, un eventual incumplimiento no puede generar daño alguno para el acreedor.

La razonabilidad y utilidad de la conducta omisiva pactada se sustenta en la observancia del principio de la autonomía privada, la misma que si bien permite a los particulares autorregularse, también supone un límite a la pérdida de libertad que las prestaciones omisivas generan y que no puede ser absoluta. En ese sentido, si bien el deudor decide autolimitarse en el ejercicio de su libertad, tal abstención no puede llegar a situaciones extremas que hagan que el deudor se imponga, en ciertos planos, un inmovilismo que en el fondo agazape una pérdida de la libertad.

Así, por ejemplo, no podrá pactarse que el deudor se abstenga de vender, arrendar, hipotecar, constituir una empresa, etc., de manera indefinida o durante un tiempo excesivamente largo, o en función de intereses irrazonables del acreedor. Si bien en determinadas circunstancias estas abstenciones pueden ser razonables, útiles y beneficiosas para las partes, así como para el funcionamiento del mercado, una exageración de ellas puede generar resultados

(6) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial.* Tomo II. Las relaciones obligatorias. Civitas, Madrid, 1996, p. 249.

exactamente inversos. Por lo demás, no hay que olvidar que, para los ejemplos mencionados, los derechos que se limitan representan las libertades económicas que tienen estatus constitucional y que, por consiguiente, tanto en el plano de las relaciones privadas como en las relaciones con el Estado, deberá procurarse se hagan efectivas.

No podemos dejar de mencionar que, si bien la relación obligatoria es por naturaleza temporal, este criterio de temporalidad debe ser observado con mayor rigor en el caso de las obligaciones que contienen prestaciones de no hacer.

5. Proyección de las obligaciones con prestaciones de no hacer más allá del Derecho Civil

Señalamos en la parte introductoria de este comentario, que la institución de las obligaciones de no hacer en particular, se va enriqueciendo progresivamente a consecuencia de la transformación de la vida económica y el devenir del proceso de especialización. En ese sentido también se pronuncia Gallego Sánchez[7].

Las exigencias propias del incesante y cada vez más acelerado tráfico comercial, ha generado que las relaciones privadas se muevan en dimensiones jurídicas cada vez más especializadas, pero donde inevitablemente se aplican las categorías civiles que por su propia naturaleza cruzan todas las áreas jurídicas. En efecto, en aquellos otros lugares ubicados más allá de las fronteras del Derecho Civil, es donde observamos que las instituciones civiles, y concretamente las obligaciones de no hacer, se recrean y enriquecen más porque tienen que adecuarse y acoger nuevas situaciones.

Solo para mencionar un ejemplo, tenemos el caso de los contratos de franquicia, que es "un convenio entre un productor/mayorista –franquiciador– y un distribuidor –franquiciado– en virtud del cual el primero transmite a este último sus productos o servicios, así como autoriza el uso de un complejo conjunto de bienes de propiedad industrial –licencia de patentes, marcas, *know how* y demás derechos industriales– asegurando la asistencia y prestación de servicios necesarios para llevar a cabo la prestación de su empresa. Como contraprestación, el franquiciado asume toda una serie de obligaciones correlativas, entre las que destaca el pago a aquel de una suma fija de entrada, entre otras"[8].

En el contrato de franquicia encontramos importantes cláusulas de prestaciones de no hacer que son connaturales a este contrato, dos de ellas son: i) las cláusulas de exclusiva, que exigen al franquiciador a no celebrar una determinada clase de contratos con persona distinta al franquiciado, o la de este, de no concluirlos con una persona que no sea aquel; y, ii) los pactos de no competencia, que exigen no realizar actividad comercial idéntica a la contemplada en el contrato de franquicia.

Así como la franquicia, observamos otras formas contractuales, propias de la dinámica comercial, de donde se derivan novedosos supuestos de conductas omisivas que van enriqueciendo la lista de casos en que procede aplicar los instrumentos de defensa del acreedor que permite el Código Civil, que por su propia naturaleza es de aplicación supletoria en otras áreas del Derecho.

(7) GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *La franquicia*. Trivium, Madrid, 1991.
(8) Ibídem, p. 24.

DOCTRINA

HERNANDEZ GIL, Antonio. Derecho de Obligaciones, Tomo 3. Espasa Calpe, Madrid, 1988; MOISSET DE ESPANES, Luis. Curso de Obligaciones. Advocatus, Córdoba, 1998; CARDENAS QUIROS, Carlos. La mora en las obligaciones con prestaciones de no hacer. En Thémis N° 12, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, pp. 72-77; ROMERO ZAVALA, Luis. El Derecho de Obligaciones en el Perú, Tomo 1. Fecat, Lima, 1999; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, tomo II, Las relaciones obligatorias. Civitas, Madrid, 1996; GALLEGO SANCHEZ, Esperanza. La Franquicia. Trivium, Madrid, 1991.

JURISPRUDENCIA

PLENO CASATORIO

Obligación de no hacer tiene como deber una conducta negativa como una abstención o un tolerar

La obligación de no hacer es aquella que tiene como deber objeto una conducta negativa, que se traduce en una abstención o en un tolerar. La particularidad de esta categoría reside entonces en la actividad omisiva del deudor frente a determinados actos que normalmente tiene la facultad de ejecutar; por consiguiente, la prestación del deudor (...) consiste en una inacción, una prestación incorpórea, que solo puede apreciarse por no haberse producido su antípoda: la acción (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 50).

CORTE SUPREMA

Obligación de hacer tiene como fuente el contrato o la ley

El razonamiento del Juez se resume en que la obligación de no hacer, propuesta en la demanda, no es exigible por inexistencia de vínculo obligacional entre las partes en litis; razonamiento del Juez que es errado. De otro lado, el razonamiento de la Sala Superior es equívoco porque entiende que lo pretendido es "que las aguas servidas que discurren por el inmueble de propiedad de la demandante discurran por la misma propiedad", siendo un juicio errado, porque en el fondo lo que la pretensión entraña es lo siguiente: que las aguas servidas del colindante (demandado) no discurran por la propiedad de la demandante invocando para el efecto lo previsto en el artículo 964 del Código Procesal Civil; por lo que, se tiene que el razonamiento de las instancias de mérito de los hechos ha sido errado, debiendo haber determinado si a su criterio para exigir el cumplimiento de la obligación de no hacer es necesario la existencia de vínculo obligacional o si una fuente obligacional también lo puede ser la ley (Cas. N° 4542-2010-Cusco).

TÍTULO IV
OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

Prestaciones alternativas

Artículo 1161.- *El obligado alternativamente a diversas prestaciones, solo debe cumplir por completo una de ellas.*

Concordancias:
C.C. arts. 1220, 1221

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ / JOSEPH MEJÍA GUEVARA

1. Las obligaciones alternativas y facultativas en la teoría general de las obligaciones: concepto y rasgos funcionales. Criterios de distinción. Obligación y prestación

Cuando se aborda el estudio de una determinada institución o figura jurídica teniendo en la mira su correcta aplicación en el plano normativo, se hace preciso delimitar el propio posicionamiento medular en torno a las cuestiones que guarden vinculación directa y que sirvan de sustrato para lograr obtener coherencia en el desarrollo propuesto. Asumiendo tal metodología, es necesario plantear postura en torno al fenómeno obligatorio, trascendental en cuanto las denominadas obligaciones alternativas y facultativas no son sino categorías que no escapan a su lógica general ni a los principios que informan su desenvolvimiento y vicisitudes. Así, podríamos señalar, al menos orientativamente, que la obligación es *aquella relación jurídica en virtud de la cual una persona determinada, llamada deudor, está constreñida a un comportamiento patrimonialmente valorable que tiene como finalidad la satisfacción de un interés, incluso no patrimonial, de otra persona determinada, llamada acreedor, quien tiene derecho a su cumplimiento* (GIORGIANNI, 1975, p. 581).

Valga la pena recordar que nuestro Código Civil, siguiendo el modelo de las codificaciones alemana e italiana, formula normas sobre las *obligaciones en general* destinadas a ser indiferentemente aplicadas a toda obligación, cualquiera que sea la fuente de la cual estas deriven, sea que se trate de obligaciones por contrato o de obligaciones por hecho ilícito o, también, de obligaciones derivadas de cualquier otro acto o hecho idóneo a producirlas. En la tradición del *Code Napoleón* como, de otra parte, en el sistema del *common law,* las obligaciones, en cambio, se encuentran separadas en consideración a su fuente y, principalmente, según sean obligaciones por contrato, o bien obligaciones por hecho ilícito (GALGANO, p. 3).

Ubiquemos a las obligaciones alternativas y facultativas en la categorización que atiende –antes que a la subjetividad, es decir, a la verificación o no de una pluralidad de sujetos en la posición creditoria/debitoria de la relación obligacional– a la objetividad, como criterio que se materializa en la presencia de una o más prestaciones insertas en su contenido. Así, existen obligaciones objetivamente simples y objetivamente complejas. Las primeras son aquellas que presentan una sola prestación y, si en la obligación está presente una cosa material, se refieren a una sola cosa: por ejemplo, la compraventa de un determinado bien, la ejecución de un determinado servicio; las segundas, en cambio, son aquellas para las cuales en la relación pueden intervenir –bajo varios perfiles y con diversa eficacia– más de una prestación

(o una prestación con varios objetos que, por lo demás, ciertamente constituye también ella una hipótesis de pluralidad de prestaciones, incluso de una misma tipología). La complejidad objetiva se refiere a la prestación: en lugar de una sola prestación se prevén varias prestaciones diversas (ROPPO, p. 262), que, aunque pueden ser idénticas, conforman una pluralidad que incide sobre su calificación jurídica.

Siguiendo este derrotero, y con el ánimo de poner orden en el análisis, recordemos que las obligaciones objetivamente complejas, a su vez, se subdistinguen en *cumulativas*, *alternativas* y *con facultad alternativa* (RUBINO, p. 1). Así, las obligaciones cumulativas, llamadas también conjuntivas, son aquellas en la que existe una pluralidad de prestaciones a las que el deudor, en conjunto, se encuentra comprometido y que deben ser ejecutadas en su totalidad para lograr su liberación (por ejemplo, cuando el ganador de una contrata se compromete a ejecutar la obra con la provisión de la materia, cuando el mandatario se compromete a ejecutar el encargo con anticipación de los medios, cuando el deudor de una prestación de dar una cosa cierta y determinada está obligado a custodiar esta hasta su entrega, el deudor se libera solo ejecutando todas ellas). La perspectiva teleológica induce a preferir la configuración de una única relación con prestación compleja, donde la pluralidad de comportamientos debidos es instrumental para la satisfacción de un interés "unitario" del acreedor (PERLINGIERI y ROMANO, p. 287).

Las obligaciones alternativas son aquellas en las que, estando comprometidas dos o más prestaciones, se permite al deudor liberarse solo con la ejecución de una de ellas, concentrándose la obligación (*rectius*, el deber prestacional) en esta última, en virtud de una elección efectuada por el propio deudor cuando no ha sido concedida al acreedor o a un tercero, que incluso puede ser el juez. Se visualiza el fenómeno de una única relación que tiene por objeto dos o más prestaciones cuando el deudor está obligado (en fuerza de una disposición expresa o de un acuerdo negocial) a ejecutar una de las prestaciones comprometidas alternativamente "*in obligatione*".

Por último, las obligaciones con facultad alternativa (o facultativas, como las llama nuestra codificación) tienen por objeto una sola prestación, pero el deudor tiene la facultad de liberarse "ejecutando" una prestación distinta: se permite al deudor modos diversos para propender a su liberación, refiriéndose a las modalidades de cumplimiento, y se hace posible el paso de uno a otro modo de ejecución sin que exista una mutación objetiva (RESCIGNO, p. 684).

Examinados los rasgos esenciales de las obligaciones alternativas y facultativas, es propicio plasmar nuestro posicionamiento con relación a la diferencia sustancial, vital para los fines teórico-aplicativos, entre obligación y prestación, precisando de antemano que no pretendemos agotar la discusión, ni mucho menos, y puntualizando que, aunque las reflexiones respecto a tales diferencias resulten plenamente útiles de cara al presente comentario, estas no tienen la pretensión de ser definitivas, pues es perfectamente conocido que cuando se contrasta suficientemente la relación obligacional con la actividad prestacional –en los términos conceptuales exigidos por la disciplina de las situaciones jurídico-subjetivas– se advierte un claro sustrato identificatorio que intentará ser puesto de manifiesto en las líneas que siguen.

En tal orientación, y siendo más estrictos, debemos anotar que la obligación –por lo menos en el ámbito estrictamente privado de nuestro sistema jurídico-civil– es una relación jurídica patrimonial entablada entre el acreedor y el deudor, la cual supone, por un lado, una contraposición entre dos situaciones jurídico-subjetivas (de crédito y de débito), pero que, de otra parte, implica una interdependencia funcional entre ellas.

En efecto, en la obligación encontramos la presencia de dos situaciones jurídico-subjetivas vinculadas a dos personas diversas, una de las cuales está en posición subordinada respecto de la otra; de estas dos situaciones una entra en la categoría del *deber* y la otra, en la del *poder* (GIORGIANNI, 1958, p. 23).

Por su parte, la prestación, que asume la calificación estructural de objeto como componente propio de aquellos negocios que generan obligaciones (PALACIOS MARTÍNEZ, 2004, p. 198), es aquella conducta coercible que debe desarrollar el deudor vinculado por una relación obligatoria, a través de la cual se propende a la satisfacción del interés de prestación cuya titularidad corresponde al acreedor; la prestación constituye un componente del contenido obligacional que se erige con carácter normalmente identificatorio. De esta manera, hay que indicar que el objeto de la obligación, o sea, la prestación debida al acreedor, debe tener carácter patrimonial, es decir, debe consistir en el pago de una suma de dinero o en un comportamiento del deudor que sea, sin embargo, traducible en una suma de dinero que le represente en su valor económico (GALGANO, 2011, pp. 5-6).

No es infrecuente que dichas conceptuaciones (obligación y prestación), aunque claramente diferenciadas, suelan, en algunas ocasiones, confundirse gravemente o, incluso, ser extrañas al ámbito propiamente obligatorio; y, en otras circunstancias, podrían inclusive traslaparse, con consecuencias perniciosas para la propia disciplina obligacional y, algunas veces, con lesivos resultados para las partes involucradas.

En atención a los lineamientos generales establecidos, se puede establecer congruentemente que las figuras jurídicas reguladas por la normativa subcomento no encuentran su núcleo funcional en el fenómeno obligacional, dado que, en principio, la cualidad de *ser* "alternativa" o "facultativa", más bien, se contrae a una *permisión actuacional* que puede recaer en cualquiera de los dos sujetos de la relación obligatoria o en un tercero ajeno a ella, y que se materializa en aperturar una modalidad de cumplimiento paralela pero igualmente satisfactiva del interés creditorio.

2. Las obligaciones con prestaciones alternativas: generalidades y rasgos identificatorios

El aspecto principal y caracterizante de las obligaciones con prestación alternativa, el elemento que las distingue de las obligaciones *in genere*, viene constituido por el fenómeno de la *concentración*. Ella representa el efecto del ejercicio de la facultad de elección que corresponde al deudor o, excepcionalmente, al acreedor o a un tercero. La facultad de elección concedida al deudor entre dos o más prestaciones es el elemento peculiar de la obligación alternativa. Esta supone la existencia de dos prestaciones igualmente idóneas para extinguir la obligación. Se trata, en efecto, de una obligación objetivamente compleja que en virtud de la señalada concentración se transforma en una obligación simple. Esta peculiaridad de transformarse en obligación simple, teniendo como objeto una sola prestación, es su elemento caracterizante: la falta eventual de ejercicio de la facultad de elección del deudor, es decir, la frustrada concentración de la obligación impide el surgimiento de una obligación alternativa. La disciplina normativa de las obligaciones alternativas se expresa propiamente en este acto de elección entre las dos prestaciones insertas en la obligación (MAZZONI, p. 581).

La obligación alternativa, o disyuntiva, tiene por objeto dos o más prestaciones y la ejecución de una de ellas comporta su cumplimiento. Como rasgo caracterizante ella presenta dos o más prestaciones deducidas de forma alternativa, en modo tal que, en un momento sucesivo a su nacimiento, el vínculo terminará por recaer sobre una sola prestación, siendo

que solo esta última deberá ser cumplida, extinguiéndose la obligación y deviniendo el deudor en liberado.

No se trata de una sola obligación con objeto plural, tampoco de una pluralidad de obligaciones con pluralidad de objetos, ni, una obligación caracterizada por la indeterminación parcial del objeto, sino, más bien, de una sola obligación con un solo objeto, el que refleja, eso sí, un *contenido prestacional plural posible y alternativo*; en ese sentido, es preciso advertir que la obligación puede, finalmente, tener un objeto y dos (o más) prestaciones, como alternativas, entre ellas: el deudor se libera de la obligación ejecutando una u otra prestación. Las prestaciones alternativas están *in obligatione*, pero una sola *in solutione*" (GALGANO, 2011, 30).

Se ha señalado que una de sus características es la complejidad del contenido de la obligación: las prestaciones previstas, con objeto evidentemente diverso, son dos o más de dos; entre estas, sin embargo, solamente una debe ser cumplida por el deudor; la pluralidad de las prestaciones influye no poco sobre el riesgo inherente a la relación. La hipótesis más corriente y lineal está constituida por la alternativa simple: solamente dos son las prestaciones deducidas en obligación. La alternativa es múltiple cuando las prestaciones previstas son más de dos. No cambia la disciplina, hecha la salvedad, se entiende, según los casos, de las necesarias adaptaciones a la mayor complejidad estructural de la *fattispecie* (LOI, p. 411).

Dicho esto, hay que indicar que, si por un lado el obligado *ordinario* se encuentra constreñido a satisfacer el interés creditorio de su contraparte, a través de la realización de la prestación debida, el obligado de manera *alternativa,* si bien se encontrará también compelido a satisfacer un interés semejante, es de verse que la coercibilidad de su actuar solo será respecto de una prestación una vez que se haya procedido a la elección a los fines de su específica ejecución.

Ciertamente, la norma en cuestión recoge el fenómeno de la concentración precisando que el obligado de manera alternativa debe cumplir solo una prestación para liberarse; es decir, el sujeto obligado, por un lado, está constreñido al cumplimiento y, de otro lado, tiene la posibilidad de liberarse cuando ejecute solo una de las prestaciones. Dicha posibilidad de liberación se configura en virtud de la facultad de elección de la prestación, cuyos parámetros vienen regulados por el artículo 1162 del Código Civil, materia de nuestro posterior comentario.

Ahora bien, para entender de mejor manera la norma en examen podemos establecer, a título ejemplificativo, que un obligado de manera alternativa, que como sabemos está constreñido a ejecutar solo una prestación con consecuencias liberatorias, podría ser aquel que, en el marco de una relación contractual de suministro entre dos consorcios privados, se encuentra compelido a realizar, alternativamente, y al final del servicio que ha sido ejecutado a su favor por el consorcio suministrante, sea el pago de la liquidación final a través de un concreto depósito bancario, sea suministrar energía eléctrica (por un periodo y a una zona determinada) o, en fin, efectuar una transferencia de acciones a favor de su contraparte.

Dentro de tal supuesto podría darse el caso de que el obligado alternativo, por razones de falta de liquidez o conveniencia, y con el fin de honrar el valor actual de la deuda, decida cumplir *parcialmente* dos o tres de las prestaciones (pago, suministro o transferencia); sin embargo, no podría establecerse que la deuda se ha satisfecho no solamente por una razón de orden formal en el sentido de que el obligado alternativo solo debe cumplir una prestación con exclusión de las otras, sino porque resulta que, aunque la "suma" de cumplimientos parciales de dos o tres prestaciones alcancen el valor real de la prestación de una de ellas (o inclusive la sobrepase), lo que resulta relevante es que el acreedor vea satisfecho su interés

con la ejecución integral de una de las prestaciones y ello, como resulta incontrovertible, no es posible de conseguirlo con una ejecución parcial. En suma, el deudor no puede constreñir al acreedor a recibir una parte de cada prestación (PERLINGIERI y ROMANO, p. 288).

Precisamos ello, puesto que si bien la ejecución parcial –digamos– de dos prestaciones podría incluso sobrepasar el valor de una de estas, ello no tendría por qué ser, en principio, entendido como un supuesto de cumplimiento de la obligación, no solo porque para dicha situación es exigible, formalmente hablando, la ejecución integral de una de las prestaciones, sino debido a que, en términos sustanciales, el interés de cumplimiento proyectado en el acuerdo contractual guardaría, por definición, necesaria correspondencia con el llamado valor subjetivo, que, entendemos, cualquier acreedor considera intercambiable con cada prestación individualmente considerada.

Lo señalado puede entenderse perfectamente si se tiene en cuenta que, por ejemplo, dentro de una compañía (digamos, una S.A.A.) solamente la transferencia total de un porcentaje de acciones podría, eventualmente, darle a un particular accionista (a la vez acreedor de nuestro deudor hipotético) un mayor poder político respecto a la toma de decisiones empresariales (si es que ello es realmente lo que desea), a diferencia de lo que podría ocasionar una transferencia parcial, aun cuando esta última operación sea paralela a un específico pago (también parcial) que determine, incluso, la mejora de la posición patrimonial del accionista- acreedor en caso de que se materialice tal operación.

Ello es fácilmente explicable si se tiene presente que los intereses en juego respecto al manejo de una compañía pueden depender (y de hecho así sucede muchas veces) del control que se tenga de cierto porcentaje de acciones que le permitan al accionista tomar decisiones de particular trascendencia para la empresa, que no podrían concretarse en caso de que solo se realice una transferencia parcial (aunque esta sea económicamente mucho más satisfactoria); lo que demuestra que no siempre el interés estrictamente económico es el prioritario para el acreedor-accionista de nuestro obligado de manera alternativa.

En cualquier caso, y esto no debe ser pasado por alto, dependerá del acreedor realizar su interés y calificar los cumplimientos alternativos parciales como satisfactivos o no, esto de acuerdo con el principio contenido en el artículo 1221 del Código Civil.

De otro lado, y aunque parezca irrelevante decirlo, es importante precisar que las obligaciones alternativas tienen generalmente su fuente en un negocio jurídico que determina su configuración, pudiendo advertirse su presencia cuando dentro del supuesto de hecho negocial o legal aparece una formulación gramatical que nos permita dirimir claramente que estamos ante una obligación alternativa.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo V, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. L'obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; BUSNELLI, Francesco Donato. L'obbligazione soggettivamente complessa. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; CARBONI, M. Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno. UTET, Torino, 1912; COSTANZA María. Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1989; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del

contratto. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1967; Íd. "Dell´adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca. Al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. La buena fe. El principio general en el Derecho Civil. Editorial Montecorvo, Madrid, 1984, FERRI, Luigi. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GALGANO, Francesco. Le obbligazioni in generale. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2011; GIORGIANNI, Michele. Voce "Obbligazione solidale e parziaria". En: Novissimo Digesto Italiano. XI, Directo da Antonio Azara e Ernesto Eula, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 1968; Íd. L'inadempimento. Terza edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; LOI, María Leonarda. "Le obbligazioni alternative". AA. VV. Diritto Privato. Parte prima, Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; MAZZONI, Cosimo Marco. "Le obbligazioni alternative". En: Obbligazioni e contratti. Di Rodolfo Sacco, tomo primo, que forma parte del Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), reimpresión, Torino, 1988; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; NATOLI, Ugo. "L´attuazione del rapporto obligatorio". En: Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Vol. XVI, tomo 1, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974; Íd. La regola della corretezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio en Studi sulla buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; ORLANDI, Mauro. La responsabilitá solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1993; OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Íd. Compendio de derecho de las obligaciones. Palestra, Lima, 2008; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Jurista, Lima 2004; PERLINGIERI, Pietro y ROMANO, Geremia. "Obbligazioni alternative e facoltative". En: PERLINGIERI, Pietro (director). Manuale di diritto civile. 3ª ed., ESI, Nápoles, 2002; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROMANO, Salvatore. Voz "buona fede". En: Enciclopedia del Diritto. Tomo V, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1959; ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4ª. ed. Edizioni Monduzzi, Bolonia, 2001; RUBINO, Doménico, "Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)". En: Commentario al Codice Civile. A cura de Scialoja e Branca, Nicola Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012.

Elección de la prestación alternativa

Artículo 1162.- *La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.*

Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144.

Concordancias:
C.C. arts. 1143, 1144

JOSEPH MEJÍA GUEVARA

1. La facultad de elección en las obligaciones alternativas: la posición particular asumida por la disciplina codicística con relación al sujeto que debe realizar la elección. La prohibición de una elección plural y parcial. El plazo para la elección

Tal y como se encuentra diseñado, el precepto normativo contenido en el primer párrafo del artículo subcomento no permite establecer –como erróneamente podría considerarse basándose en una lectura superficial que confunde la disciplina del cumplimiento (artículo 1161 CC) con el régimen que regula la facultad de elección de las obligaciones con prestaciones alternativas– una regla general consistente en que el deudor es quien elige la prestación que cumplirá. El tenor estricto de la norma se aparta de este direccionamiento.

Por ello, en atención a una adecuada lectura, en sintonía con la interpretación sistemática coordinando el artículo 1161 CC y el primer párrafo de la norma subcomento, podemos advertir que son *prioritariamente* el acreedor y el tercero quienes ostentarían este derecho potestativo, en virtud del cual podrían individualizar la prestación que debe ejecutarse; siendo que, si fuese que no se haya atribuido dicha facultad a alguno de ellos, será de aplicación supletoria e inmediata la consecuencia prevista en el primer párrafo del referido dispositivo en examen: la elección de la prestación corresponderá al deudor.

Lo puntualizado contrasta con el posicionamiento según el cual la facultad de elección, como regla, corresponde al deudor, siempre que las partes no lo hayan atribuido al acreedor o a un tercero, vertido, por ejemplo, en el artículo 1286 del *Codice Civile* italiano (*La elección corresponde al deudor, si esta no ha sido atribuida al acreedor o a un tercero*) (GALGANO, 2011, p. 30).

Se observa entonces que nuestra codificación ha tomado distancia de aquellas legislaciones que establecen que la facultad de elección de la prestación a ser ejecutada recae prioritaria o inicialmente en el deudor, dado que, de la atenta lectura del párrafo *sub materia* se puede extraer que, por el contrario, en virtud del principio de autonomía privada, aunque ciertamente limitado a los propios parámetros de la norma o, de ser el caso, de normas especiales que regulen dicha facultad, se puede reglamentar inicialmente que la elección recaiga en el acreedor o un tercero; y que, justo por ello, solo ante la ausencia de esta hipótesis concreta, sea el deudor quien, vía supletoriedad, pueda elegir la prestación a ejecutar. Normalmente, la elección debería corresponder al acreedor o a un tercero, al menos esto fluye del tenor estricto de la primera parte de la norma.

Ello tiene sustento, pues es el acreedor de la prestación quien –como no podría ser de otro modo– tiene mayor información sobre las hipótesis de satisfacción de su interés,

encontrándose en mejor posición de obtener tal información relevante a un menor costo (KRONMAN, 2004, p. 163); por lo que resulta plenamente pertinente que solo en el caso de que no exista atribución alguna de elección a su favor se permita la atribución inmediata de tal derecho potestativo en la esfera del deudor.

De manera complementaria hay que decir que al derecho potestativo (de elección) que ostenta el acreedor le corresponde el estado de sujeción que concierne al deudor, consistente en el sometimiento de este último a las consecuencias de la elección del primero; y viceversa, en caso de que sea el deudor quien asuma el derecho de elección y siempre que no exista esta atribución a favor del acreedor o de un tercero.

También es oportuno indicar que la facultad de elección, por su propia naturaleza, no puede ser ejercitada en la fase de la constitución de la relación obligatoria, sino que es ostensible que ella será ejercitada en la fase de ejecución; siendo, además, que tal elección presupone el original concurso de dos o más prestaciones, deducidas en modo disyuntivo y sin ningún condicionamiento. De este modo, no nos encontramos, por tanto, frente a una obligación alternativa si, desde el inicio, ha sido previsto que una de las prestaciones sea debida solo en el caso de que la otra, deducida en vía principal, haya devenido en imposible.

Ahora bien, se ha dicho acertadamente que es necesario distinguir también entre la elección de una de las partes, todavía inspirada en un interés específico, y la elección efectuada por un tercero. Sobre la base de una antigua y autorizada opinión, ya expresada por Pothier, se afirma, por ejemplo, que el deudor podría pretender la restitución de la prestación erróneamente ejecutada en la convicción de que la obligación era simple; y se reputa, en cambio, que el acto del tercero, en cuanto conectado a la determinación de una relación ajena, se resuelve en un mero acto jurídico (BRECCIA, 1991, p. 223); siendo que para este último supuesto resulta ilustrativo referir el caso de una obligación alternativa con elección atribuida a un tercero, "cuando a través de una cláusula de un contrato se sustrae al contratista y se le atribuye al supervisor, nominado por el contratante, la elección entre diversos materiales alternativamente previstos en el contrato" (GALGANO, 2011, p. 31).

Ahora bien, con relación al segundo párrafo del mencionado artículo, debe decirse que la prescripción prevista en él parecería resultar innecesaria, pues del análisis del artículo 1161 del Código Civil se ha establecido que existen no solo razones de orden formal para el cumplimiento integral, de orden excluyente, de una sola de las prestaciones elegidas, sino también fundamentos de orden sustantivo. Se fundamenta así, en primer lugar, que el obligado alternativo debe cumplir solamente una prestación, pero con exclusión de las otras; luego, en segundo lugar, se justifica el propósito dirigido a la satisfacción de la prestación debido a la prevalencia del interés creditorio.

Sin embargo, consideramos que el hecho de regular esta prohibición, consistente en no ejecutar prestaciones en forma parcial, tiene la ventaja de desincentivar cualquier conducta que suponga el pago parcial de dos o más prestaciones y, por consiguiente, la inobservancia del principio de integridad del pago, debido a que, al estar taxativamente proscrita esta conducta, resulta amparable que los cumplimientos parciales podrían ser rechazados por el acreedor, excluyéndose el efecto liberatorio-extintivo, sin perjuicio de que se pueda producir algún evento lesivo en la esfera del acreedor susceptible de ser resarcido.

Decimos esto debido a que no cabe duda de que la ejecución parcial de las prestaciones califica, inmediata y necesariamente, como un cumplimiento inexacto de una de las prestaciones que debe ser íntegramente ejecutada.

Cuestión importante en el plano aplicativo es la temática del plazo dentro del que se debe producir la elección: la elección presupone un plazo para su ejercicio, de modo que la falta de fijación de este (o su inobservancia) comporta distintas consecuencias según el sujeto al que se atribuya la facultad específica (PERLINGIERI y ROMANO, p. 288). El aspecto temporal de la elección puede ser determinante en la configuración de un cumplimiento exacto, pues solo con su oportuna verificación se entenderá posible luego el cumplimiento del deudor y la consiguiente satisfacción del interés del acreedor.

En ese sentido, hay que recordar que el artículo 1144 CC establece implícitamente la necesidad de que se fije un plazo, dado que estipula que, ante la falta de previsión de las partes, es el juez el que debe fijarlo. Las reglas para su determinación, que esta vez solo enunciaremos sin observación alguna, pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Si una de las partes a la que se le ha concedido la facultad de elección no la efectúa dentro del plazo fijado, esta recae en la otra. En nuestro parecer, y ante el vacío normativo, si ninguna de las partes procede a efectuar la elección, ella deberá ser realizada directamente por el juez.

b) Si la elección ha sido confiada a un tercero y no la realiza dentro del plazo fijado, es el juez quien debe efectuarla.

c) En el caso de que el tercero no haya efectuado la elección, las partes podrían solicitarle el resarcimiento correspondiente, vía responsabilidad por incumplimiento. Similares consecuencias se plasmarían si el juez no efectúa la elección dentro de un plazo razonable.

Se ha afirmado que viene aquí en consideración el interés del solo titular de la elección, pero considerando que el retraso perjudica a la otra parte, no parece tratarse de una simple carga, sino de un comportamiento jurídicamente vinculado, sujeto a una sanción específica (BIANCA, p. 223).

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo V, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto civile. L'obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; BUSNELLI, Francesco Donato. L'obbligazione soggettivamente complessa. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; BRECCIA, Umberto. "Le obbligazioni". En: Trattato di Diritto Privato. Al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1991; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; CARBONI, M. Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno. UTET, Torino, 1912; COSTANZA María. Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1989; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del contratto. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1967; Íd. "Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca. Al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; FERRI, Luigi. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GALGANO, Francesco. Le obbligazioni in generale. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2011; GIORGIANNI, Michele. Voce "Obbligazione solidale e parziaria". En: Novissimo Digesto Italiano. XI, Directo da Antonio Azara e Ernesto Eula, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 1968; Íd. L'inadempimento. Terza

edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; KRONMAN, Anthony. "Error, deber de revelar información y derecho de contratos". En: Themis. N° 49, Lima, 2004; LOI, María Leonarda. "Le obbligazioni alternative". AA. VV. Diritto Privato. Parte prima, Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; MAZZONI, Cosimo Marco. "Le obbligazioni alternative". En: Obbligazioni e contratti. Di Rodolfo Sacco, tomo primo, que forma parte del Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), reimpresión, Torino, 1988; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; NATOLI, Ugo. "L'attuazione del rapporto obligatorio". En: Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Vol. XVI, tomo 1, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974; Íd. La regola della correteżza e l'attuazione del rapporto obbligatorio en Studi sulla buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano 1975; ORLANDI, Mauro. La responsabilitá solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1993; OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Íd. Compendio de derecho de las obligaciones. Palestra, Lima, 2008; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Jurista, 2004; PERLINGIERI, Pietro y ROMANO, Geremia. "Obbligazioni alternative e facoltative". En: PERLINGIERI, Pietro (director). Manuale di diritto civile. 3a ed., ESI, Nápoles, 2002; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROMANO, Salvatore. Voz "buona fede". En: Enciclopedia del Diritto. Tomo V, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1959; ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4a ed. Edizioni Monduzzi, Bolonia, 2001; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)". En: Commentario al Codice Civile. A cura de Scialoja e Branca, Nicola Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012.

Formas de realizar la elección

Artículo 1163.- ***La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez.***

Concordancias:
C.C. art. 1145

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ / JOSEPH MEJÍA GUEVARA

1. La facultad de elección en las obligaciones alternativas: la declaración y el comportamiento concluyente

El presente artículo regula los dos mecanismos actuacionales que permiten la realización de la facultad de elección: la declaración expresa y el comportamiento concluyente, siendo bastante sintomático que la segunda forma haya sido colocada en primer término en la estatuición normativa.

De este modo, en el orden dispuesto por la norma subcomento, la primera manera en que se realiza la elección consiste en la *ejecución directa* de una de las prestaciones en la hipótesis en que ella corresponda necesariamente al deudor, puesto que solo este puede ejecutar potestativamente una de ellas; la segunda, referida tanto al acreedor como al deudor, consiste en la *comunicación* de tal elección a la otra parte o, si fuese el caso, a ambas partes (tanto al deudor como al acreedor) si esta elección es realizada por un tercero o el juez.

Debe quedar claro que lo que regula este artículo es el mecanismo de elección y no así la ejecución de la prestación, dado que, en caso de que existiera alguna modalidad específica de ejecución de la prestación elegida, ella, en principio, debería encontrarse preceptuada en el negocio (contrato) que asume la categoría de fuente de consecuencias obligacionales; o, en todo caso, en los usos y costumbres aplicables a la específica operación contractual en caso de que no se encontrase debidamente determinada la manera en que el deudor pueda liberarse mediante el cumplimiento.

Con relación al sustrato de cada uno de estos mecanismos de elección, pueden efectuarse algunas precisiones.

Con relación al primero de ellos –nos referimos a la ejecución propiamente dicha de la prestación que se haya elegido–, consiste en un *comportamiento concluyente* a partir del cual se infiere, a nivel normativo, de manera indiscutible el *propósito debitorio* de haber elegido precisamente la prestación ejecutada. Es bastante obvio indicar que este mecanismo incumbe solamente al deudor y que no puede caber, en ningún caso, una valoración comportamental diversa al haberse configurado por la norma, de manera definitiva y vinculante, el plano situacional-prestacional, así como sus consecuencias inmediatas; se visualiza que el desarrollo de la conducta prestacional del deudor es calificada como determinante para la satisfacción del correspectivo interés del acreedor. Como claramente se ha señalado, la elección puede consumarse a través de una conducta concluyente, o sea, con la ejecución de una de las prestaciones; en tal caso la liberación del deudor es contextual (BRECCIA, 1991, p. 222).

Cabría aclarar que en este caso no nos encontramos frente a una manifestación de voluntad tácita –que, como es conocido, se produce por medio de una conducta (concluyente) que tomada en sí misma no tiene la función de hacer conocer a los interesados el contenido en

cuestión, pero que por deducción necesaria y unívoca permite colegir una toma de posición vinculante respecto a ciertos intereses ajenos, imponiéndose una conclusión, una deducción lógica frente al comportamiento–, sino frente a una *manifestación de voluntad expresa plasmada en un comportamiento normativamente calificado*, resultado de una abstracción y que, lo reiteramos, concede a la ejecución de una de las prestaciones colocada en la alternatividad un significado unívoco que no es fruto de una apreciación del intérprete, sino del propio ordenamiento. En este lineamiento, no dejemos de advertir que para que cualquier comportamiento pueda configurarse como un negocio jurídico es necesario que sea *expresión objetiva de autonomía privada y que tenga carácter concluyente tanto en la composición de intereses como en su sucedaneidad.*

Con relación al segundo mecanismo (comunicación), puede puntualizarse que este estriba en una particular declaración de voluntad (*acto jurídico en sentido estricto*), cuya eficacia depende de que dicha declaración pueda ser conocida, según corresponda, por la otra parte o por ambas partes (declaración recepticia). Naturalmente, este mecanismo también es aplicable para la hipótesis en que sea un tercero o el juez quienes puedan ejercitar la elección. El acreedor, el deudor o el tercero (o los terceros), en el caso de que el título lo vislumbre, tienen el poder-deber de "elegir" a través de una declaración que no puede ser luego tenida como carente de efectos o incluso modificada, es decir, se trata de una declaración irrevocable, lo que fluye directamente de la ratio del artículo 1145 CC, aplicable analógicamente a la cuestión *sub materia*. Por demás, la irrevocabilidad es la solución acogida por la importante codificación italiana, que en su artículo 1286, 2° párrafo preceptúa que *la elección deviene en irrevocable con la ejecución de una de las dos prestaciones, o con la declaración de elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la elección es hecha por un tercero*]), una vez que sea "comunicada" a la otra parte o a ambas si se realiza por un tercero" (BRECCIA, 1991, p. 222).

Ahora bien, dado que este segundo mecanismo de elección consiste en una declaración productora de efectos que, por defecto, alteran la realidad jurídica, cabría precisar que si el destinatario de la declaración (acreedor), valorando su esfera de control, no se encontraba en la posibilidad de conocer el contenido de la comunicación de elección, resulta de aplicación el artículo 1374 CC, de acuerdo con el cual las declaraciones contractuales dirigidas a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado en la imposibilidad de conocerla.

De otro lado, hay que indicar que cuando la elección recae en un tercero (incluido el juez), esta no tendrá eficacia alguna si no se pone en conocimiento de ambas partes, por lo que en caso de que solo se haya comunicado al deudor tal elección, pero no al acreedor, este tendrá el derecho a oponerse si así lo considera, a efectos de no consentir la ejecución, sin perjuicio de ponderar la incidencia de una eventual lesión contractual en correlación a las actuaciones incompatibles con el principio de buena fe que impidan arbitrariamente la liberación del deudor de la relación obligatoria. Del mismo modo, si solo se comunica la elección al acreedor, pero no al deudor, tal comunicación tampoco tendrá eficacia alguna, teniendo más bien por consecuencia inmediata el hecho de que el deudor no se encontraría obligado a la ejecución de la prestación elegida.

En suma, y enfocando ahora ambos mecanismos, la elección puede ser puesta de manifiesto mediante una declaración expresa *recepticia* efectuada, de manera no equivoca, y según los casos, del deudor al acreedor, del acreedor al deudor o del tercero a ambas partes. No se excluye, sin embargo, respecto al deudor, la relevancia de un comportamiento concluyente, realizado con la ejecución directa, en las manos del acreedor, de una de las prestaciones entre

aquellas aternativamente previstas en el contenido obligacional. Se considera que el acto de elección pueda tener una distinta naturaleza jurídica en razón de quien utilice los mecanismos previstos en la norma. Puede tratarse de un acto de autonomía privada unilateral que tiende a una modificación de la relación, en el sentido de su simplificación, cuando ella se ejercita por el deudor o el acreedor; puede, en cambio, considerársele como un mero acto jurídico cuando la elección la realiza un tercero o un juez (LOI, pp. 413-414).

Como se puede advertir, si bien la naturaleza del mecanismo de elección es discutible, consideramos que parece prevalecer la opinión según la cual se trata de un acto jurídico en sentido estricto (BRECCIA, 1991, p. 222); esto es, aquel acto que es relevante como mero presupuesto de los efectos preordenados exclusivamente por la norma jurídica (SANTORO-PASSARELLI, pp. 106-107).

Hay quienes sostienen que el acto de elección se reduce a la identificación de la prestación debida y no comporta, por lo tanto, una alteración jurídica, sino solamente la determinación de un elemento de hecho. Otros, siguiendo un razonamiento diverso, sostienen que la elección recae en la actividad dirigida al cumplimiento (o actividad de ejecución), precisando que la elección tiene la misma naturaleza del acto de cumplimiento al cual es instrumentalmente preordenado (BRECCIA, p. 222).

Finalmente, recordemos que la manifestación de voluntad expresa, presente en ambos supuestos tal y como lo hemos expuesto, se caracteriza por que ella está conscientemente destinada a ser conocida por otros a los que se les hace notorio un determinado contenido. No es concebible una declaración sin destinatario, de allí que su conocimiento no podrá faltar sin que el acto cese de tener efectos y pierda así toda trascendencia social.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo V, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto civile. L'obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; BUSNELLI, Francesco Donato. L'obbligazione soggettivamente complessa. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; BRECCIA, Umberto. "Le obbligazioni". En: Trattato di Diritto Privato. Al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1991; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; CARBONI, M. Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno. UTET, Torino, 1912; COSTANZA, María. Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede. Dott. A. Giuffré, Milano, 1989; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del contratto. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1967; Íd. "Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca. Al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; FERRI, Luigi. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GALGANO, Francesco. Le obbligazioni in generale. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2011; GIORGIANNI, Michele. Voce "Obbligazione solidale e parziaria". En: Novissimo Digesto Italiano. XI Directo da Antonio Azara e Ernesto Eula, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 1968; Íd. L'inadempimento. Terza edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; LOI, María Leonarda. "Le obbligazioni alternative". AA. VV. Diritto Privato. Parte prima, Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; MAZZONI, Cosimo Marco. "Le obbligazioni alternative". En: Obbligazioni e contratti. Di Rodolfo Sacco, tomo primo, que forma parte del Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), reimpresión, Torino, 1988; MESSINEO, Francesco.

Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; NATOLI, Ugo. "L'attuazione del rapporto obligatorio". En: Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Vol. XVI, t. 1, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974; Íd. "La regola della corretezza e l'attuazione del rapporto obligatorio". En: Studi sulla buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; ORLANDI, Mauro. La responsabilitá solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1993; OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Íd. Compendio de derecho de las obligaciones. Palestra, Lima, 2008; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Jurista, Lima, 2004; PERLINGIERI, Pietro y ROMANO, Geremia. "Obbligazioni alternative e facoltative". En: PERLINGIERI, Pietro (director). Manuale di diritto civile. 3ª ed., ESI, Nápoles, 2002; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROMANO, Salvatore. Voz "buona fede". En: Enciclopedia del Diritto. Tomo V, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1959; ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4ª ed. Edizioni Monduzzi, Bolonia, 2001; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)". En: Commentario al Codice Civile. A cura de Scialoja e Branca, Nicola Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012.

Elección en la obligación de prestaciones periódicas

Artículo 1164.- *Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.*

JOSEPH MEJÍA GUEVARA

1. La facultad de elección en las obligaciones alternativas: las prestaciones periódicas

El artículo subcomento se refiere a la facultad de elección en las obligaciones con prestaciones periódicas, es decir, aquellas constituidas por una pluralidad de autónomos actos de ejecución repetidos en el tiempo a intervalos constantes o variables (actos no necesariamente homogéneos entre ellos bajo el perfil cualitativo y cuantitativo (LUMINOSO, p. 234).

En ese sentido, hay que decir que la prestación periódica supone la configuración articulada de varias prestaciones *parciales* –en principio, de naturaleza homogénea–, las mismas que deben ser ejecutadas en forma sucesiva y coordinada, en función de intervalos de tiempo y de criterios específicos de duración y desenvolvimiento previstos en el contrato; y, asimismo señalar que esta prestación *parcial* implica el desarrollo de los acotados actos individuales; razón por la que no se puede decir –como, sin embargo, se ha dicho– "que el contrato de ejecución periódica dé lugar a una pluralidad de obligaciones (cada una de las cuales surgiría cada vez que se efectúa una ejecución) y esté dotado de una pluralidad de causas (...)". (MESSINEO, p. 431).

Ahora bien, resulta oportuno mencionar que la indicada duración *no es tolerada* por las partes, *sino* que es querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional precisamente a su duración, por lo que el elemento tiempo, en cuanto duración o, mejor dicho, la distribución *de la ejecución en el tiempo,* constituye aquí el carácter peculiar del contrato (MESSINEO, 1986, pp. 429- 430).

Para ilustrar de mejor manera el esquema conceptual de la prestación periódica, pensemos por un momento en un *contrato de servicios de mantenimiento de carretera*, dividido en partidas específicas que deben ejecutarse una a continuación de la otra y que, para su cumplimiento, no solo deben desarrollarse todas sus fases contractuales, sino que se cumpla con la satisfacción del interés del contratante en que se considere mantenida la vía que ha sido objeto de conservación.

De acuerdo con la norma *sub materia* en examen, la elección hecha para un periodo si bien genera, por un lado, la obligación de realización de los posteriores actos prestacionales correspondientes a dicho periodo, cabe mencionar que, de manera complementaria, se produce al mismo tiempo la liquidación de las otras prestaciones, salvo que se manifiesten los supuestos de excepción previstos en el dispositivo.

De otro lado, hay que denotar que la elección a la que se refiere el artículo subcomento puede ser ejercitada por –según corresponda– el deudor, el acreedor, por un tercero o el juez (de acuerdo con lo dispuesto en la regla general de elección prevista en el artículo 1163 del Código Civil); y una vez realizado el indicado arbitrio, sea a través de la ejecución –en el caso del deudor–, sea a través de la comunicación al deudor o la que realiza un tercero o el juez

para ambas partes, obliga al deudor para la realización de los sucesivos actos (normalmente de hacer o de dar), esto es, instituye el deber de desarrollar los posteriores actos individuales que engloban las prestaciones parciales.

Lo regulado resulta plenamente congruente y coadyuva a la efectividad del principio de integridad de pago, puesto que, como se ha dicho, la prestación periódica se liquida con la ejecución de la última prestación parcial, y en la medida que se haya satisfecho el interés de prestación, en sintonía con lo prescrito en el artículo 1220 del Código Civil, según el cual se entenderá efectuado el pago siempre que se haya ejecutado íntegramente la prestación.

Ahora bien, los supuestos de excepción a los que se refiere la norma en cuestión suponen que, una vez realizada la elección (en cualquiera de sus modalidades), no existe obligación de continuar con la vinculatoriedad de la elección en caso de que ello se desprenda de la ley, del título de la obligación (*rectius*: del negocio jurídico) o de las circunstancias del caso.

Con relación al primer supuesto de excepción previsto en la norma (*la ley*), señalemos que en un contexto de divergencia sobre la aplicación, por ejemplo, de la perspectiva de los derechos adquiridos o de los hechos cumplidos, es posible que, con la aparición de una nueva *norma* (digamos especialísima) que establezca su aplicación inmediata a los efectos jurídicos de los hechos acaecidos durante la vigencia de la norma anterior haga discutible que la elección hecha para un periodo genere la obligación de ejecutar las prestaciones siguientes.

En atención al *título de la obligación,* hay que insistir en que se trata en buena cuenta del negocio jurídico en el que se incorpora el programa obligacional que determine que la elección hecha para un periodo no obliga para la ejecución de los siguientes.

Ahora bien, puede pasar que las *circunstancias del caso* (digamos, la liquidación de una compañía de seguros) no nos permita, razonablemente, seguir ejecutando el pago mensual por concepto de prima de seguro; en tal caso, de acuerdo a la prescripción prevista en el dispositivo en examen, no resultaría obligatorio seguir haciéndolo.

Es particularmente importante señalar que la regla de la irrevocabilidad puede tener excepciones cuando el título constitutivo prevea alternativamente, por ejemplo, prestaciones continuadas o periódicas; es, en efecto, permitida para la ejecución de las prestaciones sucesivas la variación de la elección que, también con metódica identidad, haya sido efectuada en los cumplimientos anteriores. En las obligaciones alternativas que tengan como objeto prestaciones continuadas o periódicas, puede ser atribuida al sujeto a quien se le ha concedido la facultad de elección el poder de mutar, en un futuro, la opción inicialmente realizada, esto por la ineludible prevalencia de la autonomía privada. En general, es admitida la desviación a la regla en las hipótesis en las cuales la prestación ya objeto de elección por el deudor no pueda más ser ejecutada a causa del venir a menos la actividad de colaboración del acreedor: al deudor le es, en tal caso, permitido liberarse a través de la ejecución de la prestación inicialmente excluida y, obviamente, todavía posible.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo V, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto civile. L'obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1987; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992; BUSNELLI, Francesco Donato. L'obbligazione soggettivamente complessa. Dott. A. Giuffrè,

Milano, 1975; BRECCIA, Umberto. "Le obbligazioni". En: Trattato di Diritto Privato. Al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1991; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al codice civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; CARBONI, M. Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno. UTET, Torino, 1912; COSTANZA María. Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1989; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del contratto. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1967; Íd. "Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca. Al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; FERRI, Luigi. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GALGANO, Francesco. Le obbligazioni in generale. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2011; GIORGIANNI, Michele. Voce "Obbligazione solidale e parziaria". En: Novissimo Digesto Italiano. XI Directo da Antonio Azara e Ernesto Eula, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 1968; Íd. L'inadempimento. Terza edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; LOI, María Leonarda. "Le obbligazioni alternative". AA. VV. Diritto Privato. Parte prima, Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; LUMINOSO, Angelo. I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di crédito en Trattato di diritto privato. Al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1995; MAZZONI, Cosimo Marco. "Le obbligazioni alternative". En: Obbligazioni e contratti. Di Rodolfo Sacco, tomo primo, que forma parte del Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), reimpresión, Torino, 1988; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; NATOLI, Ugo. "L'attuazione del rapporto obligatorio". En: Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Vol. XVI, tomo 1, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974; Íd. "La regola della corretezza e l'attuazione del rapporto obligatorio". En: Studi sulla buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano 1975; ORLANDI, Mauro. La responsabilitá solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1993; OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Íd. Compendio de derecho de las obligaciones. Palestra, Lima, 2008; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Jurista, Lima, 2004; PERLINGIERI, Pietro y ROMANO, Geremia. "Obbligazioni alternative e facoltative". En: PERLINGIERI, Pietro (director). Manuale di diritto civile. 3ª ed., ESI, Nápoles, 2002; RESCIGNO, Pietro Manuale del diritto privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROMANO, Salvatore. Voz "buona fede". En: Enciclopedia del Diritto Dott. Tomo V, A. Giuffrè, Milano, 1959; ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4ª ed., Edizioni Monduzzi, Bolonia, 2001; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)". En: Commentario al Codice Civile. A cura de Scialoja e Branca, Nicola Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012.

Imposibilidad de la prestación cuando la elección corresponde al deudor

Artículo 1165.- *Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:*

1.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y este debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible.

2.- Si algunas prestaciones son imposibles, el deudor escoge entre las subsistentes.

3.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas no imputables al deudor, se extingue la obligación.

Concordancias:
C.C. arts. 1138 incs. 1) y 5), 1154, 1155, 1162, 1314, 1316

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. La imposibilidad de la prestación y las obligaciones alternativas: la titularidad de la facultad de elección como criterio de asignación de las consecuencias derivadas de la imposibilidad sobreviniente

Las normas contenidas en los artículos 1165 y 1166 CC regulan uno de los aspectos concernientes específicamente a las consecuencias relativas de la falta del resultado de la cooperación: la pérdida del *commodum obbligationis* en sus variadas manifestaciones. En lo particular, la temática regida por la norma se encuentra conexa, casi siempre, a la constatación de una imposibilidad sobrevenida en cuanto ella *resulte imputable al deudor*; siendo oportuno precisar, desde ya, que la *fattispecie* analizada obvia la determinación de las consecuencias producidas cuando la imputabilidad sea imputable al acreedor o cuando ella no resulte imputable a ambas partes, siendo que, ante tales situaciones, habrá que recurrir a las normas generales.

No es correcto sostener, entonces, que los artículos indicados regularían una hipótesis: el denominado riesgo prestacional, en cuanto este tiene un particular significado en el ámbito del Derecho de las Obligaciones, el que debe ser entendido en su acepción estrictamente técnica, que resulta idónea al surgimiento de un verdadero y propio problema atinente a esta categoría. Se puede enunciar que el riesgo prestacional tiene que estar referido a la siguiente cuestión: hecha imposible, por *causa no imputable a ninguna de las partes*, la satisfacción del conjunto de intereses previsto en el contrato, se trata de establecer quién de las dos partes debe sufrir el daño que de eso se deriva y, en consecuencia, perder el *commodum obligationis* en que había confiado (BETTI, p. 171).

Así, queda evidenciada la total extrañeza del contenido normativo analizado con relación al llamado riesgo prestacional.

Entonces, resulta claro que el problema del riesgo contractual solo surge como consecuencia de la liberación del deudor al haber sobrevenido la imposibilidad de la prestación, sin confundirse, empero, con el problema que plantea esa imposibilidad sobrevenida. Algunos han creído poder resolver con los principios que regulan el sobrevenir de la imposibilidad de la prestación, el problema del riesgo prestacional, pero lo erróneo de este planteamiento es fácilmente demostrable. Piénsese en un contrato sinalagmático y supóngase que una de

las dos prestaciones correlativas se hace imposible por causa no imputable a la parte que la debía. La normativa (artículos 1315 y 1316 CC) establece para esta hipótesis, únicamente, que aquella parte queda liberada de su obligación, pero no nos dice, exactamente, si queda liberada la otra parte o si, viceversa, sigue estando obligada a la prestación; porque si la otra parte quedara liberada, a su vez, deberíamos decir que el riesgo es soportado por el liberado de su prestación por haber sobrevenido una imposibilidad no imputable a él, en calidad de acreedor de la otra parte (BETTI, pp. 181-182).

La elección representa el instrumento natural por el cual se realiza la concentración de la obligación y, por ello, la simplificación de la relación, según lo hemos anotado anteriormente. Es más, según se ha planteado, con bastante autoridad, el acto de elección es considerado como un acto dispositivo, es decir, un negocio jurídico unilateral y propio de la persona a quien competa hacerla, que se adosa a la relación obligatoria, que la altera en el sentido de simplificarla, con la determinación final de la prestación debida, y es definitivo e irrevocable unilateralmente una vez comunicado a la otra parte por aquella que procedió a hacerla. (RUBINO, p. 57 y BIANCA p. 129).

La elección no es, sin embargo, el único evento que conduce a este resultado. Cuando la norma subcomento prevé o regula la problemática de la imposibilidad sobrevenida de la prestación alternativa, antes de producida la elección, nos conmina a efectuar algunas precisiones básicas a fin de entender la relevancia de la imposibilidad en el marco esbozado por la norma.

Es oportuno indicar que, más allá de la regulación comentada, existen por lo menos dos formas en que la imposibilidad resulta relevante en la problemática de la alternatividad prestacional. Nos referimos a la imposibilidad originaria y a la imposibilidad sobrevenida de una o alguna, mas no de todas, de las prestaciones. Es evidente que en el caso de la imposibilidad originaria la relación nace simple o limitada a las prestaciones originariamente posibles. La imposibilidad material o jurídica debe ser valorada al momento en que surge la obligación no alterando el carácter no complejo de aquella, aun cuando ella es detectada sucesivamente. Cuando hablamos de imposibilidad sobrevenida, en cambio, la relación deviene en simple solamente si la imposibilidad sobreviene antes de la actuación de la elección. Por ejemplo: se hipotiza que en el título constitutivo hayan sido deducidas, con técnica alternativa y sin individualización del sujeto legitimado a escoger la prestación de consignar un caballo de raza o un rebaño de 150 borregos; por regla general, tal como se desprende de los lineamientos de la normativa, la elección corresponde normalmente al deudor. Si este efectúa y concentra (simplifica) la obligación sobre la prestación de entregar el caballo de raza, es absolutamente irrelevante la sobrevenida imposibilidad de la entrega del rebaño determinada por la aparición de una plaga que afecta a los ovinos que provoque la muerte de todo el ganado. Si, en cambio, antes de la elección, se verifica aquella misma imposibilidad, la simplificación deviene por mandato de la ley. Se considera, a nivel jurisprudencial, que la alternativa no puede ser mantenida consintiendo al deudor la elección entre el equivalente pecuniario de la prestación devenida en imposible y aquella todavía posible. Es importante recordar que si la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable a ninguna de las dos partes afecta la prestación ya elegida, la obligación se extingue según el principio general expresado en la norma que regula la causa no imputable (LOI, p. 415), contenido, en nuestra codificación, en los artículos 1315 y 1316 CC.

La regla desarrollada expresa y delinea en el sistema la diferencia significativa y fundamental entre las obligaciones alternativas y aquellas facultativas (llamadas también con facultad alternativa). La distinción respecto a la obligación alternativa con facultad de elección

del deudor se encuentra en la circunstancia de que aquí la prestación subsidiaria es considerada por las partes como subrogada de aquella principal, y es admitida en el exclusivo interés del deudor. Por ello, la obligación facultativa se considera simple. Si la prestación principal deviene en imposible por una causa no imputable al deudor, este es liberado: la ejecución de la otra constituye para él una facultad, no un deber (pero podría tener interés en ejecutarla igualmente si, por ejemplo, quiere evitar la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida) (TRIMARCHI, pp. 356-357).

Hechas las aclaraciones necesarias, veamos como las normas subcomento regulan las situaciones donde la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones sea imputable a una de las partes, principalmente el deudor. Se traza un cuadro de las consecuencias conexas a la imposibilidad imputable de una de las prestaciones sobrevenida antes del ejercicio de la facultad de elección, ejemplificando las hipótesis y teniendo en cuenta, de modo correlativo, la titularidad de la elección, así como la individualización del sujeto al cual es adscrito en comportamiento no diligente (LOI, p. 415).

Subsumamos una idea inicial: la imposibilidad culposa de una de las prestaciones imputable al deudor legitimado a elegir simplifica la obligación. El deudor legitimado a elegir es, en cambio, liberado de la obligación si la imposibilidad es imputable al acreedor, siempre que no prefiera cumplir la otra prestación y solicitarle el resarcimiento de los daños. Cuando la imposibilidad es imputable al acreedor legitimado a elegir tiene como consecuencia la liberación del deudor; el acreedor puede, sin embargo, elegir la ejecución de la otra prestación y otorgar al mismo tiempo el resarcimiento del daño. La imposibilidad imputable al deudor, emparejada a la pertenencia de la elección por parte del acreedor, consiente al acreedor escoger la prestación aún posible o bien exigir el resarcimiento del daño.

Más compleja es la individualización de las reglas que pueden encontrar aplicación cuando se verifique, en tiempo anterior al ejercicio de la facultad de elección, la imposibilidad sobrevenida, fortuita y/o imputable a ambas afectando todas las prestaciones involucradas. Se puede establecer que, si ambas prestaciones han devenido imposibles, el deudor legitimado a escoger debe responder por una de ellas, él debe pagar el equivalente de aquella que ha devenido imposible en último momento. El comportamiento culposo del deudor, conexo a la atribución de la elección del acreedor, legitima, en cambio, a este último a exigir el equivalente de una o de la otra prestación.

Entre las hipótesis más significativas no expresamente codificadas se pueden dilucidar: aquellas de la imposibilidad fortuita de todas las prestaciones alternativamente previstas; de la imputabilidad al deudor de la imposibilidad de ambas prestaciones; de la imputabilidad al acreedor de la imposibilidad de una o de todas las prestaciones; de la imposibilidad de la prestación imputable a una de las partes conexa a la elección cuya titularidad corresponde a un tercero o al juez. Las reglas aplicables para definir la solución o las diversas modalidades de actuación de la relación deben evidentemente derivar o de principios generales o de la racional aplicación de las disposiciones que rigen a las obligaciones en general.

Cuestión trascendental es advertir que las dos normas subcomento (artículos 1165 y 1166 CC) se refieren a la imposibilidad objetiva, es decir, a aquella situación impeditiva del cumplimiento, que incide directamente sobre el contenido de la prestación, intrínsecamente considerada, y que no resulta superable ni susceptible de ser vencida por las fuerzas humanas. En este sentido, la imposibilidad debe ser objetiva y absoluta: es objetiva la imposibilidad constituida por un impedimento inherente a la intrínseca entidad de tal contenido de la

prestación; es decir, por un impedimento que se oponga a la ejecución de la prestación en sí y por sí considerada, abstracción hecha de todo elemento extrínseco a la misma, y en especie, en cuanto sean tales, de las condiciones particulares del sujeto obligado; por el contrario, la imposibilidad subjetiva es aquella que depende de estas condiciones particulares del deudor, por un impedimento revelado en su persona o en la esfera de su economía individual, sin estar necesariamente vinculado al contenido intrínseco de la prestación (OSTI, p. 217). Resulta pertinente recordar que la imposibilidad es objetiva si con tal expresión se pretende excluir que tengan importancia las normales dificultades en las que el deudor personalmente se encuentre, así como el genérico esfuerzo realizado; y, más bien, se debe poner el acento sobre aquellos impedimentos (eventualmente también referibles, como se indicó, a la persona) que claramente se oponen al logro del resultado debido con los instrumentos normales, siempre que por tales entendamos –es bueno reiterarlo– las vicisitudes relacionadas con el contenido de la obligación (BRECCIA, p. 464).

Por otro lado, apreciando la intensidad del impedimento para cumplir, se debe acotar que la imposibilidad sobrevenida debe ser *absoluta*, y que ella viene identificada con un impedimento que no puede en ningún modo vencido por las fuerzas humanas; mientras que la imposibilidad relativa estaría constituida por un impedimento que no puede ser vencido sino con una intensidad de esfuerzo, de sacrificio, de diligencia, superior a un cierto grado considerado como típico, como normal, como medio o como apropiado a la particular obligación de la cual se trata: un impedimento que puede ser superado con un esfuerzo superior al normal, es decir, de índole excepcional. No se puede desconocer, sin embargo, *a priori*, la importancia de considerar que la "imposibilidad de cumplir", en que se encuentra un deudor constreñido por el compromiso de cooperación, pueda ser valorada de acuerdo con el tipo de relación obligatoria. En tal virtud, las prestaciones, al ser diversas, reclaman una intensidad y forma de esfuerzo de cooperación distintas en cada caso. Dicha intensidad y forma de esfuerzo se reflejan indefectiblemente en el contenido y en los propios límites de la imposibilidad.

Cabe aclarar que el impedimento que obstaculiza el cumplimiento siempre debe estar conectado objetivamente al contenido de la prestación. Por tanto, no serán relevantes la enfermedad o la insolvencia para efectos liberatorios, en supuestos de prestación de dar o de hacer, respectivamente. El impedimento debe ser de tal naturaleza que ningún deudor se encuentre, ante tal evento, en condiciones de cumplir.

Problema distinto es el de la configuración del hecho liberatorio-extintivo, constatando su innegable naturaleza compleja. Este se constituye no solo por la imposibilidad (elemento objetivo o material), sino también por la *no imputabilidad* de dicha imposibilidad a la persona del deudor (elemento subjetivo o de imputación). Es decir, no basta que se configure en la realidad un caso de imposibilidad sobrevenida; es necesario también que, para efectos liberatorios, ella no sea atribuible al deudor. Si el accidente (secuestro, atropello, etc), calificado como imposibilidad, fuera imputable en alguna forma al deudor, y ello llegara a probarse, no se produciría el efecto liberatorio-extintivo previsto, por lo que se concluiría, de ser el caso, que el deudor respondería de todas formas por el incumplimiento. Este es el sentido de los artículos 1315 y 1316 CC.

Por último, nótese que:

i) Ambas normas toman como punto base de regulación si la elección corresponde al deudor, al acreedor, a un tercero o al juez, lo que resulta sumamente útil a los fines de sistematizar las reglas operativas contenidas en su *fattispecie*.

ii) Es indiscutible que ambas normas establecen reglas de responsabilidad, mas no de riesgo prestacional, ello en razón a que casi todos los supuestos descritos en cada uno de sus numerales tienen como punto de referencia la imputabilidad o no imputabilidad de la imposibilidad con respecto al deudor. De esto, además, se extraen las posibles lagunas en los supuestos en que la imposibilidad sea imputable al acreedor o a ninguna de las partes.

2. La imposibilidad de la prestación y las obligaciones alternativas: la hipótesis en que la elección corresponde al deudor

Aclarados los parámetros sistémicos que fundan nuestras propias convicciones, pasemos ahora a desarrollar las hipótesis descritas por el artículo 1165 CC, norma que tiene como eje central la premisa fáctica consistente en que la elección corresponde al deudor. En este caso, la imposibilidad prestacional se rige según las reglas que pasamos a comentar autónomamente.

1. Si todas las prestaciones son objetivamente imposibles, siendo ello imputable al deudor, se plasman dos resultados obvios: la extinción de la obligación y las consecuencias restitutorias y resarcitorias que incumben a la situación generada. El deudor debe devolver al acreedor la eventual contraprestación y asumir las consecuencias derivadas de la responsabilidad por inejecución de obligaciones referidas a la última prestación que haya resultado ser imposible, pues, hasta ese momento, el interés del acreedor tuvo como objeto aquella prestación.

Lo importante es comprender que, en principio, nos encontramos ante una consecuencia de la imposibilidad por causa imputable en el marco de la disciplina de la responsabilidad por inejecución de las obligaciones; en atención a ello, queda claro que el propósito de esta primera regla es la recuperación del equilibrio entre las partes, haciéndose necesaria la generación del efecto restitutorio, a favor del acreedor, consistente en la devolución de la contraprestación parcial o totalmente ejecutada, en caso de que la hubiere, y, asimismo, el efecto resarcitorio por los daños y perjuicios respecto de la última prestación que deviniera en imposible.

En el caso de la extinción de las prestaciones por causas imputables al deudor, se hace la precisión de que el resarcimiento por los daños y perjuicios se cuantifican en función de la última prestación *subsistente,* puesto que, por lo menos dentro de una hipótesis razonable, sobre ella habría recaído el interés en el cumplimiento y, en ese sentido, el *quantum* resarcitorio debería guardar correspondencia con esta última referencia patrimonial.

Debemos señalar, por último, la impropiedad en la que se incurre cuando se alude a que *la obligación queda resuelta* frente a prestaciones imposibles por causa del deudor: se resuelve el contrato o la fuente que da origen a los efectos jurídicos-obligatorios, estos, más bien, se extinguen.

2. No resulta difícil entender que cuando algunas prestaciones son objetivamente imposibles, el deudor, a quien incumbe la elección, pueda escoger entre las que todavía resulten posibles. Esta hipótesis, en nuestro entender, abarca todos los supuestos de imputabilidad de la imposibilidad, ya que encuentra aplicación tanto a los casos en que al deudor le resulta imputable la imposibilidad como cuando ella le resulte imputable al acreedor.

Desde una perspectiva formal, es cierto que mientras mayores posibilidades de elección tenga el deudor para ejecutar la prestación debida, el riesgo de incumplimiento es menor: el deudor podrá elegir cumplir aquella prestación que le resulte más conveniente sin afectar el interés del acreedor.

Cuando se distribuyen las consecuencias de cumplimiento de la prestación, al elegir el esquema alternativo –con la correlativa consecuencia del aumento de las posibilidades de ejecución de las prestaciones–, se hace con el propósito de mitigar las probabilidades del incumplimiento de la obligación en virtud de una evaluación, por lo general, en términos de un análisis costo-beneficio, pero, entendemos, realizado en el marco de la relevancia económico-social de sus propios intereses de cara al ordenamiento jurídico, como límite objetivo de dicho análisis.

Cabe mencionar que la regla no hace distinción alguna con relación a la imposibilidad: no se precisa el origen de la imposibilidad prestacional, ello porque no resulta relevante para la norma el hecho de estar frente a una imposibilidad por causa imputable o no al deudor (incluida la imputabilidad al acreedor), esto en atención al hecho de que en el supuesto regulado es posible aún satisfacer el interés creditorio con la ejecución de la prestación subsistente y por el hecho de que es el deudor quien finalmente tiene el derecho potestativo de elegir cuál de las prestaciones subsistentes ejecutará.

3. No puede haber otra solución frente al supuesto en que todas las prestaciones sean objetivamente imposibles por causas no imputables al deudor que determinar la extinción de la obligación. Esta regla encontraría también aplicación cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor.

La regla guarda correspondencia con lo dispuesto en la norma general sobre extinción de las obligaciones por causa no imputable al deudor, prevista en el primer párrafo del artículo 1316 CC. Conviene mencionar que, en principio, ello no invalida el deber de restituir al acreedor la prestación ejecutada a favor del deudor; asimismo, en caso de que la causa de la imposibilidad sea imputable a un tercero, ello determinará el efecto resarcitorio a favor de los que resulten perjudicados (deudor y/o acreedor).

Como se puede apreciar, los efectos restitutorios y resarcitorios, aunque no se encuentren expresamente regulados, pueden configurarse por la vía de otros mecanismos previstos en la codificación (enriquecimiento sin causa y responsabilidad aquiliana derivada del hecho de un tercero), en caso de que se verifiquen los requisitos para la operatividad de tales remedios.

Cabe agregar que, en caso de que se haya venido desarrollando a cargo del deudor la ejecución de una de las prestaciones o habiéndose producido un cumplimiento parcial de una de ellas, y ella deviene también en imposible por causas imputables al acreedor, resulta determinante la restitución de lo aprovechado.

Si bien la extinción de la obligación supone inmediatamente que el deudor no sea responsable del incumplimiento debido a la imposibilidad no imputable y que, por consiguiente, no se le pueda exigir el resarcimiento por los daños que se hayan ocasionado al acreedor como consecuencia de tal imposibilidad, el mencionado hecho no exonera a este último de su obligación de reconocer al deudor los daños derivados de tal imposibilidad, en caso de que esta sea atribuible al acreedor.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo V, traducción de Santiago Sentís Melendo Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto civile. L'obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1987; BRECCIA, Umberto. "Le obbligazioni". En: Trattato di Diritto Privato. Al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1991;

CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; CARBONI, M. Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno. UTET, Torino, 1912; COSTANZA María. Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1989; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del contratto. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1967; Íd. "Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca. Al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; FERRI, Luigi. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GALGANO, Francesco. Le obbligazioni in generale. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2011; GIORGIANNI, Michele. "voce 'Obbligazione solidale e parziaria'". En: Novissimo Digesto Italiano. XI, Directo da Antonio Azara e Ernesto Eula, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 1968; Íd. L'inadempimento. Terza edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; LOI, María Leonarda. "Le obbligazioni alternative". En: AA. VV. Diritto Privato parte prima. Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; LUMINOSO, Angelo. I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di crédito en Trattato di diritto privato. Al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1995; MAZZONI, Cosimo Marco. "Le obbligazioni alternative". En: Obbligazioni e contratti di Rodolfo Sacco. Tomo primo, que forma parte del Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), reimpresión, Torino, 1988; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; NATOLI, Ugo. "L'attuazione del rapporto obligatorio". En: Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Vol. XVI, tomo 1, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974; Íd. "La regola della corretezza e l'attuazione del rapporto obligatorio". En: Studi sulla buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano 1975; ORLANDI, Mauro. La responsabilitá solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1993; OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Íd. Compendio de derecho de las obligaciones. Palestra, Lima, 2008; OSTI, Giuseppe. "Revisione critica della teoría sulla imposibilitá della prestazione". En: Rivista di Diritto Civile. Anno X, III, maggio-giugno, Societá Editrice Libraria, Milano, 1918; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Jurista, Lima, 2004; PERLINGIERI, Pietro y ROMANO, Geremia. "Obbligazioni alternative e facoltative". En: PERLINGIERI, Pietro (director). Manuale di diritto civile. 3ª. ed., ESI, Nápoles, 2002; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROMANO, Salvatore. "Voz 'buona fede'". En: Enciclopedia del Diritto. Tomo V, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1959; ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4ª ed. Edizioni Monduzzi, Bolonia, 2001; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)". En: Commentario al Codice Civile. A cura de Scialoja e Branca, Nicola Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012.

Imposibilidad de la prestación cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez

Artículo 1166.- *Cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:*

1.- *Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y este debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.*

2.- *Si algunas prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor puede elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.*

3.- *Si algunas prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, la elección se practica entre las subsistentes.*

4.- *Si todas las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación.*

Concordancias:
C.C. arts. 1138 incs. 1) y 5), 1154, 1155, 1160, 1162, 1314, 1316

JOSEPH MEJÍA GUEVARA

1. La imposibilidad de la prestación y las obligaciones alternativas: la hipótesis en que la elección corresponde al acreedor

En consonancia con el desarrollo realizado, analicemos las hipótesis en que cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez, deviene la imposibilidad de una o más prestaciones. Veamos.

1. Esta primera regla del presente dispositivo es sustancialmente idéntica a la que ha sido materia de examen en el comentario al numeral 1 del artículo 1165 CC; sin embargo, hay que precisar que, cuando se comparan estas dos disposiciones, se advierten dos diferencias formalmente evidentes, las cuales, aunque no modifiquen los fundamentos estructurales de la regla, queda claro que estas divergencias constituyen presupuestos de operatividad absolutamente distintos a las previstos en el artículo precedente.

En línea con la comparación que se viene estableciendo entre los dos numerales, hay que indicar que tales presupuestos de operatividad son diferentes en uno y otro caso; ellos están vinculados a la identidad del sujeto de la relación obligatoria (deudor o acreedor) y a la calificación de la prestación imposible (la última que lo fuera o la que el acreedor elija, según corresponda) a efectos de la determinación y cuantificación del daño resarcible.

De este modo, mientras que en el artículo 1165 CC las reglas aplicables a la imposibilidad suponen que la elección de la prestación a ejecutar corresponde al *deudor*, y los daños y perjuicios están referidos a la **última prestación que fuera imposible**, hay que precisar que en este numeral la regla aplicable a la imposibilidad implica que la elección corresponda, por el contrario, al *acreedor, tercero o juez*, y los correspondientes daños y perjuicios están referidos, más bien, a la prestación imposible que el acreedor señale.

Dado que la elección de la prestación a ejecutar, en términos generales, o corresponde al *deudor* o corresponde al *acreedor*, al *tercero* o al *juez*, queda claro que tal esquema disyuntivo de elección se encuentra cubierto por los dos únicos supuestos genéricos previstos en los artículos 1165 y 1166 del Código Civil, respectivamente; y, en ese sentido, se advierte –para las dos hipótesis indicadas– claramente determinado el primer presupuesto de operatividad de la regla de imposibilidad prestacional en las obligaciones alternativas que guarda correspondencia con el principio general de acuerdo con el cual la referida imposibilidad de la prestación por causa imputable al deudor genera el deber de restitución y/o resarcimiento.

Ahora bien, a diferencia de lo sucedía con el diseño del primer párrafo del anterior dispositivo, esto es, que el resarcimiento por daños y perjuicios se configura en función de la última prestación imposible –puesto que la subsistencia de esta supone la extinción de las otras por causa imputable al deudor (con lo que la única referencia del interés prestacional se centra en la prestación subsistente)–, en el presente caso, en cambio, los daños y perjuicios están referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

Tal criterio resulta consistente si se tiene en cuenta que puede acontecer que, en la cualificación y cuantificación anticipada y formal de los daños realizada por un acreedor –digamos, razonable–, contemporáneamente con la celebración del contrato, se advierta que, en efecto, todas las prestaciones imposibles de ejecutar puedan potencialmente generar los indicados perjuicios (mayores o menores, según sea el caso); siendo que tal prognosis (que bien podría permanecer en el fuero interno del acreedor), que por definición supone una evaluación anticipada de las consecuencias del incumplimiento, tendría que tener su correspondiente proyección en sede ejecutiva a través de la facultad de elección de la prestación imposible cuyo incumplimiento genere mayores perjuicios.

Si es así, se estima que el acreedor, al elegir aquella prestación imposible que mayor daño le habría producido –y que justo por ello subsume a los otros daños cuantitativamente menores– como punto de referencia para el resarcimiento por daños, estaría en una posición compatible con el principio de reparación integral del daño que estipula una configuración del *quantum* indemnizatorio correspondiente al perjuicio efectivamente producido.

La regla disciplina los efectos de un caso particular de imposibilidad (fundamentalmente, sobrevenida) de la prestación –aquel que se configura debido a causas imputables al deudor– cuando la elección sea realizada por el acreedor, tercero o juez; y, como en el anterior caso, dichas consecuencias engloban (i) la extinción de la obligación; (ii) el deber de restitución de la contraprestación (en caso de que esta se haya ejecutado total o parcialmente); y (iii) el resarcimiento por daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

De manera semejante al comentario vertido con relación a la primera regla prevista en el artículo precedente, hay que indicar que la descrita imposibilidad de todas las prestaciones generará como primera consecuencia la extinción –anormal– de la obligación a cargo del deudor, puesto que la regla ahora en examen indica también que la *obligación queda resuelta* ante el acaecimiento del hecho impeditivo; con relación a la segunda secuela, queda claro que el efecto restitutivo a favor del acreedor consiste en la devolución de la contraprestación parcial o totalmente ejecutada en caso de que la hubiere; y, finalmente, el (tercer) efecto, el resarcitorio, consistente en la indemnización de los daños y perjuicios que se cuantifican ya no en función de la última prestación subsistente, sino en virtud de la elección que haga el acreedor.

2. Si algunas de las prestaciones son imposibles por causa imputable al deudor, el acreedor tiene el derecho potestativo de activar cualquiera de los tres supuestos previstos en la

norma: (i) entre las prestaciones subsistentes, elegir alguna; (ii) disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez escoja; o (iii) declarar "resuelta" (*rectius,* extinguida) la obligación. En este último específico caso, los efectos son los mismos que se encuentran regulados en el primer numeral del artículo en examen, por lo que nos remitimos a los cometarios expuestos en dicho apartado.

Con relación a esta última posibilidad de declarar extinguida la obligación, si bien podría parecer un exceso que, subsistiendo prestaciones (que bien podrían –alternativamente– ejecutarse), el acreedor decida extinguir la obligación, consideramos adecuado conferirle tal atribución si atendemos al hecho de que, al serle imputable al deudor la imposibilidad de ejecutar algunas prestaciones, resulta absolutamente consistente que el *accipiens* tenga dudas justificadas sobre la posibilidad de que las prestaciones subsistentes devengan en imposibles; y, en ese sentido, el dispositivo en cuestión no espera a que todas las prestaciones resulten de imposible ejecución para otorgarle tal prerrogativa al acreedor, sino que, anticipándose a la ocurrencia de tal anormal situación, se le otorga prevalencia al conferirle el derecho potestativo de declarar extinguida la obligación *en tutela de su interés.*

3. Si ensayamos un acercamiento literal del numeral submateria, se debe decir que parece no haber mayor inconveniente en establecer que el tipo de imposibilidad regulada en tal supuesto es aquel vinculado a la ausencia de culpa del deudor de la prestación debida, lo que implica una lectura en línea subjetiva de tal imposibilidad; sin embargo, una apreciación sistemática y finalista de la regla en examen que guarde consistencia con el régimen general de la imposibilidad absoluta y objetiva (que, se sabe, gobierna el sistema de responsabilidad por inejecución de las obligaciones) implicaría la preponderancia de la imposibilidad por causa no imputable y no de la imposibilidad sin culpa del *solvens.*

Ahora bien, a pesar de que tal indicada interpretación resultaría plenamente sustentable, consideramos que, para una mejor explicación de la presente regla, conviene hacer una precisión de naturaleza conceptual en cuanto se refiere a la diferencia sustancial entre *la imposibilidad de la prestación por causas imputables al deudor* y el concerniente a *prestaciones imposibles sin culpa del deudor,* puesto que ello nos permitirá obtener mayor certeza con relación a lo debido de la aplicación de la imposibilidad en términos objetivos cuando nos encontremos, o no, frente a prestaciones imposibles debido a causa no imputable al deudor.

En esa línea, cuando el numeral submateria hace referencia a la ausencia de culpa del deudor como elemento concomitante de las prestaciones imposibles, no creemos que se refiera –teniendo como punto de referencia la interpretación literal ya mencionada– a que la culpa –entendida, en este punto, como un criterio de imputación subjetivo– se encuentre ausente, esto es, que sea, en buena cuenta, la diligencia (faz positiva de la culpa) el factor que se articula al hecho de las prestaciones imposibles para la configuración de la *fattispecie* de esta tercera regla; puesto que ello significaría que bastaría con la prueba de la referida diligencia (entiéndase, durante la etapa de ejecución contractual) por parte del deudor para establecer que ello no facultaría al acreedor a la elección entre las prestaciones subsistentes; lo que a todas luces resulta contradictorio con los criterios de imposibilidad objetiva relevantes dentro del sistema de responsabilidad por incumplimiento en nuestra codificación.

En el mismo sentido, si la norma en cuestión se refiriese a la culpa como criterio de imputación, se podría establecer que, en caso de que algunas prestaciones devinieran en imposibles, pero, esta vez, con culpa del deudor, luego, la consecuencia (desde el punto de vista estrictamente lógico-formal) sería que la elección no se practicaría entre las subsistentes; conclusión que, de suyo, es plenamente absurda, puesto que si la imposibilidad le es atribuida a la

negligencia del deudor, entonces lo adecuado sería que, en principio, el acreedor pueda elegir entre las subsistentes.

Como se advierte, la interpretación literal en este caso particular nos conduciría inevitablemente a una inconsistencia normativa; en ese sentido, consideramos que, en atención a la necesidad de coherencia, se debe establecer la prevalencia de la interpretación sistemática, la cual permitirá que la expresión "sin culpa" deberá ser desplazada por la categoría *causa no imputable del deudor.*

Dicho esto, como corolario indiquemos que, si la imposibilidad en algunas prestaciones se debe a algún factor extraordinario e irresistible (causa no imputable al deudor), entonces bien podría decirse que resultaría, en principio, irrelevante la actuación negligente del deudor a efectos de la configuración del efecto inmediato consistente en la elección por parte del acreedor entre las prestaciones subsistentes; en ese sentido, aun si el deudor actuase negligentemente, pero esta ausencia de diligencia no tuviese impacto alguno en el hecho de que la prestación devenga en imposible, el acreedor estaría facultado para elegir la prestación entre las subsistentes.

4. Como en el caso anterior, una lectura sistemática y finalista de la regla en cuestión, y que, además, guarde correspondencia con el régimen general de la imposibilidad absoluta y objetiva prevista en nuestro Código Civil, que, como se ha indicado anteriormente, gobierna el sistema de responsabilidad por inejecución de las obligaciones, implicaría la preponderancia de la imposibilidad por *causa no imputable* y no de la imposibilidad *sin culpa del deudor.* A ello habría que agregar que, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de hecho precedente, en el presente caso se trata de la imposibilidad de todas las prestaciones y no de algunas de ellas.

Ahora bien, y dado que, como ha sido discutido en el comentario anterior, existe una clara diferencia sustancial entre *la imposibilidad de la prestación por causas imputables al deudor* y el concerniente a *prestaciones imposibles sin culpa del deudor,* se debe precisar que, en caso de que dicha imposibilidad no sea imputable al deudor, se producirá la extinción de la obligación. Ello, como en el caso previo, implica que el deudor no es responsable del incumplimiento y, por ello, no se le puede imputar tampoco los daños y perjuicios que se hayan ocasionado como consecuencia de tal imposibilidad.

De manera semejante al comentario a la regla que antecede, se debe precisar que si la imposibilidad en todas las prestaciones se debe a algún factor extraordinario e irresistible (causa no imputable al deudor), entonces bien podría decirse que resultaría, en principio, irrelevante la actuación negligente del deudor a efectos de la configuración del efecto inmediato consistente en la extinción de la obligación; en ese sentido, aun si el deudor actuase negligentemente, pero esta ausencia de diligencia no tuviese impacto alguno en el hecho de que todas las prestaciones devengan en imposibles, se extinguirá de igual manera la obligación y con ella la responsabilidad por los daños y perjuicios que podría haber recaído en el deudor.

Por último, precisemos que si las prestaciones devienen en imposibles debido a causa imputable al acreedor (una posibilidad viable de acuerdo a lo establecido en el supuesto de hecho de la norma), entonces, deviene en relevante la responsabilidad del mismo en tanto se haya producido algún perjuicio en la esfera del deudor como consecuencia de la imposibilidad. Al respecto, resulta relevante precisar que las expectativas –cuantificables y resarcibles en caso de afectación (MEJÍA GUEVARA, p. 402)– que ostenta el deudor de tener una mejor posición contractual pueden frustrarse como consecuencia del hecho imputable al indicado acreedor.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo V, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto civile. L'obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1987; BRECCIA, Umberto. "Le obbligazioni". En: Trattato di Diritto Privato. Al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1991; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; CARBONI, M. Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno. UTET, Torino, 1912; COSTANZA María. Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1989; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del contratto. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1967; Íd. "Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca. Al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; FERRI, Luigi. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GALGANO, Francesco. Le obbligazioni in generale. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2011; GIORGIANNI, Michele. L'inadempimento. Terza edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; LOI, María Leonarda. "Le obbligazioni alternative". AA. VV. Diritto Privato parte prima. Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; MAZZONI, Cosimo Marco. "Le obbligazioni alternative". En: Obbligazioni e contratti. Di Rodolfo Sacco, tomo primo, que forma parte del Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), reimpresión, Torino, 1988; MEJÍA GUEVARA, Joseph. "El perfil dogmático de la pérdida de la chance en la responsabilidad civil contractual (a propósito de una operación en bolsa)". En: Responsabilidad civil II, Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral. Al cuidado de Juan Espinoza Espinoza, Rodhas, Lima, 2006; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; NATOLI, Ugo. "L'attuazione del rapporto obligatorio". En: Trattato di diritto civile e commerciale. Vol. XVI, tomo 1, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974; Íd. "La regola della corretezza e l'attuazione del rapporto obligatorio". En: Studi sulla buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Íd. Compendio de derecho de las obligaciones. Palestra, Lima, 2008; OSTI, Giuseppe. "Revisione critica della teoría sulla imposibilitá della prestazione". En: Rivista di diritto civile. Anno X, III, maggio-giugno, Societá Editrice Libraria, Milano, 1918; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Jurista, Lima, 2004; PERLINGIERI, Pietro y ROMANO, Geremia. "Obbligazioni alternative e facoltative". En: PERLINGIERI, Pietro (director). Manuale di diritto civile. 3ª ed., ESI, Nápoles, 2002; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROMANO, Salvatore. "Voz 'buona fede'". En: Enciclopedia del diritto. Tomo V, Dott. A. Giuffrè, Milano 1959; ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4ª ed., Edizioni Monduzzi, Bolonia, 2001; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)". En: Commentario al Codice Civile. A cura de Scialoja e Branca, Nicola Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012.

Obligación alternativa simple

Artículo 1167.- *La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes.*

Concordancias:
C.C. arts. 1138 inc. 5), 1156

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ / JOSEPH MEJÍA GUEVARA

1. La imposibilidad prestacional y la mutación de la obligación alternativa en simple

La norma subcomento, en términos generales, regula dos supuestos de hecho en virtud de los cuales es posible que una obligación alternativa devenga en simple. En sentido estricto, tales hipótesis son subsumidas en la *nulidad* y la *imposibilidad prestacional* por causa no imputable a las partes, siendo obvio que, por lo menos, una de las prestaciones debe quedar incólume a fin de que no se extinga totalmente la relación obligacional.

Con relación a la "nulidad prestacional", se debe advertir la desorientación conceptual ínsita en la utilización de tal conceptuación. La prestación, en términos sencillos, es el comportamiento destinado a satisfacer el interés del acreedor al que se encuentra constreñido el deudor, por lo que resulta una incoherencia predicar que la *prestación* podría ser calificada como *nula*, pues ella pertenece a la realidad objetiva y no a los actos (en sentido amplio) que poseen una estructura sobre los que puede recaer la sanción de nulidad (por ejemplo, negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, etc.).

En parecer propio, lo que se quiso expresar es que el negocio patrimonial (fuente prestacional) puede ser nulo (parcialmente), afectando determinadas prestaciones insertas en el contenido obligacional; es decir, su invalidez se refleja en el contenido obligacional afectando la regulación específica de casi todas las prestaciones, menos las que no se consideran vinculantes para el deudor, no teniendo ya que ser ejecutadas; subsistiendo, eso sí, el extremo que contiene la regulación prestacional de posible ejecución.

Ahora bien, aunque la norma guarda silencio con relación al impacto de la nulidad sobre la configuración de la obligación simple, colocándola –a secas– únicamente como presupuesto de operatividad para la continuidad de la eficacia obligacional, no puede negarse que la nulidad que afecta determinadas prestaciones –en virtud de la cual estaríamos frente a supuestos de hecho cuya deficiencia principalmente de naturaleza estructural no parecería tener un efecto trascendente, salvo por el hecho concomitante del mantenimiento del extremo negocial correspondiente– deberá desenvolver todos sus efectos previstos en la normativa específica de la codificación, quedando claro que el simple hecho de que se limiten las posibilidades de ejecución de las prestaciones al punto de constatarse una sola alternativa de ejecución incrementa el riesgo de satisfacer el interés del acreedor a través del cumplimiento.

Distinta es la lectura de acuerdo con la cual se entendería –erróneamente– que lo que ha querido decir la norma cuando se le atribuye a la prestación la calificación de ser nula es que, o nos encontraríamos, más bien, frente a prestaciones que devienen en inoponibles por causas no imputables a las partes o, en su defecto, que se haya querido ser enfáticos con relación a la imposibilidad de la prestación, en cuyo caso la indicada expresión, *prestación nula*, es apenas redundante. Tal equívoca interpretación traería como consecuencia que la nulidad

no tenga función alguna, lo que resulta insustentable si se tiene en cuenta que, haciendo un uso adecuado de tal mecanismo, este tiene intrínsecamente el cometido de poner en evidencia, o hacer relevante, por ejemplo, la imposibilidad originaria.

En tal sentido, dicha desacertada interpretación, en cualquiera de sus dos formas, conlleva la inoperatividad de la regla examinada, si bien guarda armonía con relación al esquema conceptual *imposibilidad - no imputable,* deja de lado un supuesto consagrado de manera especial en la norma en cuestión, dirigido especialmente a la imposibilidad de naturaleza originaria, razón por la que tal lectura no puede sostenerse.

De otro lado, con relación al segundo supuesto, resulta admisible señalar que las causas no imputables a las partes –hipótesis que hacen normalmente alusión a aquellos hechos, irresistibles e imprevisibles (fortuitos), que generan la imposibilidad de cumplimiento– también, en cuanto hagan imposibles todas las prestaciones a excepción de una, constituyen un presupuesto para la configuración de la obligación simple; siendo que, por ello, en el esquema lógico-conceptual (imposibilidad - causa no imputable) constituye un mecanismo en mérito al cual es posible la exoneración de responsabilidad por daños y perjuicios, en caso de que se verifique la imposibilidad prestacional.

La configuración de cualquiera de los dos supuestos referidos determina que la obligación alternativa se considere simple y, en ese sentido, el régimen aplicable a la dinámica de la prestación subsistente es el correspondiente a la de cualquier relación obligatoria, esto es, el régimen general previsto en el libro VI del Código Civil.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo V, traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto civile. L'obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1987; BRECCIA, Umberto. "Le obbligazioni". En: Trattato di Diritto Privato. Al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1991; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al codice civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; CARBONI, M. Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno. UTET, Torino, 1912; COSTANZA María. Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1989; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del contratto. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1967; Íd. "Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca. Al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; FERRI, Luigi. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GALGANO, Francesco. Le obbligazioni in generale. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2011; GIORGIANNI, Michele. L'inadempimento. Terza edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; LOI, María Leonarda. "Le obbligazioni alternative". AA. VV. Diritto Privato. Parte prima, Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; MAZZONI, Cosimo Marco. "Le obbligazioni alternative". En: Obbligazioni e contratti di Rodolfo Sacco. Tomo primo, que forma parte del Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), reimpresión, Torino, 1988; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; NATOLI, Ugo. "L'attuazione del rapporto obligatorio". En: Trattato di diritto civile e commerciale. Vol. XVI, tomo 1, Dott. A. Giuffrè, Milano, 197. Íd. "La regola della corretezza e l'attuazione del rapporto obligatorio". En: Studi sulla buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano 1975; OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Íd. Compendio de derecho de las obligaciones. Palestra, Lima, 2008; OSTI, Giuseppe. "Revisione critica della teoría sulla

imposibilitá della prestazione". En: Rivista di diritto civile. Anno X, III, maggio-giugno, Societá Editrice Libraria, Milano, 1918; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Jurista, Lima, 2004; PERLINGIERI, Pietro y ROMANO, Geremia. "Obbligazioni alternative e facoltative". En: PERLINGIERI, Pietro (director). Manuale di diritto civile. 3ª ed., ESI, Nápoles, 2002; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROMANO, Salvatore. "Voz "'buona fede'". En: Enciclopedia del diritto. Tomo V, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1959; ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4ª ed., Edizioni Monduzzi, Bolonia, 2001; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)". En: Commentario al Codice Civile. A cura de Scialoja e Branca, Nicola Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012.

Obligaciones facultativas

Artículo 1168.- *La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella.*

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. La obligación facultativa (obligación con facultad alternativa): concepto y distinciones. Generalidades

Desde nuestra orientación metodológica estimamos oportuno, durante el desarrollo del comentario propiamente dicho, ir estableciendo el marco conceptual sobre el que apoyamos el posicionamiento particular que asumamos en cada punto específico. Veamos.

La obligación es facultativa si prevé como objeto una sola prestación, pero atribuyendo al deudor la facultad de liberarse ejecutando otra prestación en función de subrogada de la primera. Por ejemplo, si se ha pactado que el deudor está obligado a entregar una cosa, pero le es consentido liberarse pagando su valor (TRIMARCHI, p. 356).

En la obligación facultativa, la característica –y, a su vez, elemento de diferenciación, aunque fuere estructural– viene representada por el hecho de que el deudor es obligado frente al acreedor a *una sola prestación*, porque la obligación es simple y contempla, por ello, una sola prestación por cumplir. Sin embargo, por acuerdo con el acreedor, el deudor puede liberarse ejecutando una prestación diferente de aquella pactada. Tal prestación diversa, sin embargo, debe ser no solo determinada, sino también prevista y querida, y, por ello, conocida por el acreedor, quien, a su criterio, considera como satisfactiva de sus propios intereses creditorios la extinción de la obligación con la ejecución de una prestación diversa a la originalmente dispuesta (MAZZONI, p. 587). Lo afirmado encuentra directo sustento en el tenor del artículo subcomento cuando señala que *la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella*: solo esta prestación adquiere la categorización de "debida".

Se ha dicho que muy particular es la hipótesis de acuerdo con la cual la obligación tiene un objeto específico y determinado, y, sin embargo, el deudor tiene la facultad de liberarse prestando algo diferente. La facultad le es conferida inicialmente por ley o por pacto expreso, lo que es ya suficiente para colocar el fenómeno fuera de la figura de la prestación en lugar del cumplimiento (o dación en pago, según nuestra codificación en el artículo 1265 CC). En la obligación descrita indicada generalmente con el nombre de facultativa, solamente la eventual imposibilidad de la prestación deducida de la relación incide sobre el destino de la relación en sí (RESCIGNO, p. 683).

En la obligación facultativa pierde toda relevancia jurídica la elección, al tratarse de una obligación simple desde su origen. No se puede entonces hablar de ejecución directa, ni de un ejercicio expreso, de una facultad de elección cuando nos encontramos frente a la ejecución de una prestación diversa en lugar de aquella pactada, *sino más bien de una sustitución*. Problema posterior es si, con esta segunda prestación, se extinguirá de modo satisfactivo la obligación.

Diversa de la hipótesis de la obligación alternativa, sobre la que hemos tratado anteriormente, es aquella de la obligación facultativa (también llamada obligación con facultad alternativa), a cuyo tratamiento nos abocamos ahora. En este caso, la obligación es simple,

la prestación es única, pero el deudor tiene la facultad de liberarse ejecutando una prestación distinta (INZITARI, p. 437). Un caso que encontramos regulado por la propia ley, previsto por el artículo 127 CC: piénsese en un deudor obligado a pagar una suma de dinero en moneda extranjera, por ejemplo, 1000 dólares, al cual, sin embargo, la norma consiente liberarse pagando en moneda nacional de acuerdo al cambio vigente en el día del vencimiento. También se podría pensar en la hipótesis en la cual un contrato obligue a pagar una suma de dinero como depósito de garantía con la facultad reconocida al deudor de ofrecer una fianza bancaria por el importe de la suma debida como depósito de garantía.

La obligación con facultad alternativa es una obligación simple, y la imposibilidad sobrevenida de la única prestación deducida comporta la extinción de la obligación, a diferencia de cuanto ocurre en las obligaciones alternativas (arts. 1165 y 1166 CC).

De manera más precisa se ha señalado que las obligaciones facultativas, a diferencia de las alternativas, no estatuyen una pluralidad de objetos debidos. El contenido de la obligación es uno solo y una sola, por tanto, es la prestación debida. La facultad consiste en que el deudor puede satisfacer al acreedor, válida y eficazmente, ora con el único objeto debido, ora con otro indicado previamente como sustituto, y así se libera (HINESTROSA, p. 375). Se diferencia claramente de la alternativa, ya que en esta se debe una prestación de entre varias –prestación aún no individualizada–, y en la facultativa se debe una prestación totalmente individualizada (salvo, naturalmente, que no esté individualizada o que sea indeterminada por razones ajenas a ser facultativa). En aquella se paga con la prestación que se debe –después de individualizarla–, *en esta se puede pagar con la prestación que se debe* –la única que se debe– o con otra (prestación facultativa) (ALBALADEJO, p. 44).

En definitiva, en la obligación alternativa *plures res sunt in obligatione, una autem in solutione,* y en la facultativa *una res in obligatione, plures in facultate solutionis.*

Nótese que no existe limitación alguna en cuanto a las calidades y la naturaleza de las dos prestaciones. Lo único exigido es que en el título se determine el objeto básico de la obligación, como también aquel otro de que el deudor puede echar mano, llegada la oportunidad del cumplimiento. El acreedor no es quién para determinar con qué ha de pagársele, ni para exigir el relevo en caso de pérdida, fortuita o culpable, a fin de obtener algo distinto de lo que se señaló en la fuente; o sea, el objeto principal, para él es único en cuanto a su posibilidad de pretensión. Así, perdido este o imposibilitada culpablemente la prestación, puede demandar su equivalente pecuniario y la indemnización de perjuicios, mas no el objeto suplente. En tanto que el deudor cumple al realizar la *prestación sustitutiva*, libre de indemnizaciones, como también puede cancelar, espontánea o coactivamente, aquel subrogado dinerario y los perjuicios derivados de su incumplimiento. Y sin necesidad de pérdida, el deudor puede correctamente pagar con la prestación suplente, sin que el acreedor esté autorizado para objetar el relevo ya previsto. Al paso que si se hace imposible la prestación principal (única exigible por el acreedor) sin culpa del deudor, posiblemente por caso fortuito o de fuerza mayor, el deudor queda libre, siempre que sea de cuerpo cierto o específica, pues nada impide que, por fuera de la previsión concreta de la norma, las partes, en ejercicio de su autonomía, convengan la posibilidad de sustituir una prestación genérica con otra del mismo orden o con una específica, situación ante la cual los poderes del acreedor y los riesgos del deudor se regirán por los patrones propios de la prestación principal, sin perder de vista la posibilidad de su sustitución. En fin, si el deudor opta por sustituir la prestación principal y ejecutar la suplente, en cuanto ejerce esa *facultas alternativa*, los riesgos pasan al objeto sustituto (MEDICUS, p. 96; BIANCA, p. 140).

Se denota así un rasgo de diferenciación funcional, que se centra en la presencia de una facultad de sustitución que adquiere relevancia sobre el plano actuacional. Para entender correctamente la facultad de sustitución en las obligaciones facultativas se debe, en principio, enfatizar que el deudor está constreñido a una concreta prestación; si bien el deudor, en lugar de esta prestación, puede elegir otra y con esta consumar el exclusivo contenido de la obligación. Después de esta elección, por consiguiente, se ha determinado igualmente, de nuevo, el contenido de la obligación, si bien distinto al anterior (MEDICUS, p. 96). La *facultas alternativa* atribuye el poder de *sustituir* la prestación principal, en el acto de ejecución, con una segunda prestación previamente determinada, *que no era debida, que no era parte de la obligación* (MAZZONI, p. 587).

La actuación de la facultad de sustitución es un mecanismo claramente diverso al de la elección previsto para las obligaciones alternativas, ya que en su origen no se visualiza una situación de incertidumbre. Antes bien, solo el deudor está obligado desde el principio a una prestación (en concordancia con lo señalado por la codificación), en lugar de esta prestación, puede ejecutarse otra, por el ejercicio de la facultad de sustitución. La distinción respecto a la obligación alternativa con facultad de elección del deudor se encuentra en las circunstancias que aquí la prestación subsidiaria es considerada por las partes como subrogada de aquella principal, y es admitida en el exclusivo interés del deudor. Por ello, la obligación facultativa se considera simple. Si la prestación principal deviene en imposible por una causa no imputable al deudor, este es liberado: la ejecución de la otra constituye para él una facultad, no un deber (pero podría no tener interés en ejecutarla igualmente si, por ejemplo, quiere evitar la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida) (TRIMARCHI, p. 357).

Hasta antes del momento de esta eventual sustitución, únicamente la relación obligatoria viene determinada por la prestación inicialmente debida: si esta es imposible, se libera definitivamente al deudor, porque al respecto no hay absolutamente ya nada que sustituir, de lo que se infiere que antes del ejercicio de la prestación sustitutoria no puede tener lugar la facultad de sustitución. Ahora, después del ejercicio solo prevalece la prestación sustituyente; el destino de la sustituida no desempeña ya papel alguno (MEDICUS, p. 100).

Es importante no pasar por alto que la obligación facultativa (también llamada alternativa-facultativa) que regulan los códigos y a la que en general se hace referencia en la manualística es la *obligación facultativa pasiva* o a opción del deudor. Pero también puede darse, por decisión negocial o por norma legal, una *obligación facultativa activa* o a opción del acreedor, de la que son ejemplos nítidos la que tiene este ante el incumplimiento del deudor: pretender la ejecución de la prestación original o su equivalente pecuniario, y aquella que deriva de la cláusula penal: el acreedor ante la mora del deudor puede optar por hacerla efectiva o demandar el resarcimiento, con la precisión de que lo que debe el deudor es la prestación propiamente dicha o principal, y llegará a deber la suplente y habrá de ejecutarla solo en el evento de que oportuna y legítimamente el acreedor la escoja (HINESTROSA, p. 376). Se ha afirmado que, aunque parezca insólito, podría también pensarse en que corresponda al acreedor el derecho a hacerse pagar con otra prestación distinta de la debida (ALBALADEJO, p. 44).

No se debe olvidar que la facultad de cumplir con la otra prestación puede renunciarse. A partir de entonces, la obligación se convierte en simple. Tal renuncia puede ser expresa o tácita.

Expreso mi gratitud por la ayuda incondicional que me ha brindado mi hija Mariana Palacios, tanto en el contenido como en las citas, a quien auguro el mejor destino en la investigación científica del Derecho.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho de Obligaciones. 12ª ed., Edisofer, Madrid, 2004; BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo V., traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto civile. L'obbligazione. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987; BRECCIA, Umberto. Le obbligazioni en Trattato di Diritto Privato. Al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1991; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; CARBONI, M. Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno. UTET, Torino, 1912; COSTANZA María. Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1989; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del contratto. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1967; Íd. "Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; FERRI, Luigi. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GALGANO, Francesco. Le obbligazioni in generale. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2011; GIORGIANNI, Michele. L'inadempimento. Terza edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; LOI, María Leonarda. "Le obbligazioni alternative". AA. VV. Diritto Privato. Parte prima, Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002; MAZZONI, Cosimo Marco. "Le obbligazioni alternative". En: Obbligazioni e contratti di Rodolfo Sacco. Tomo primo, que forma parte del Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), reimpresión, Torino, 1988; MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Traducción del alemán de Ángel Martínez Sarrión, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1995; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; NATOLI, Ugo. L'attuazione del rapporto obbligatorio en Trattato di diritto civile e commerciale. Vol. XVI, tomo 1, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974; Íd. "La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obligatorio". En: Studi sulla buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Íd. Compendio de derecho de las obligaciones. Palestra, Lima, 2008; OSTI, Giuseppe. "Revisione critica della teoría sulla imposibilitá della prestazione". En: Rivista di diritto civile. Anno X, III, maggio-giugno, Societá Editrice Libraria, Milano, 1918; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric y NÚÑEZ SÁENZ, Ysmael. Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Jurista, Lima, 2004; PERLINGIERI, Pietro y ROMANO, Geremia. "Obbligazioni alternative e facoltative". En: PERLINGIERI, Pietro (director). Manuale di diritto civile. 3ª ed., ESI, Nápoles, 2002; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROMANO, Salvatore. "Voz 'buona fede'". En: Enciclopedia del diritto. Tomo V, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1959; ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4ª ed., Bolonia, Edizioni Monduzzi, 2001; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)". En: Commentario al Codice Civile. A cura de Scialoja e Branca, Nicola Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Sesta edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1983.

Extinción de la obligación facultativa cuando la prestación principal es nula o imposible

Artículo 1169.- *La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir.*

Concordancias:
C.C. arts. 140 inc. 2), 219 inc. 3), 224 párr. 3.

Conversión de la obligación facultativa en simple

Artículo 1170.- *La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir.*

Concordancias:
C.C. arts. 140 inc. 2), 219 inc. 3), 224 párr. 3, 1138 inc. 5), 1156

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ / JOSEPH MEJÍA GUEVARA

1. Nulidad e imposibilidad prestacional: sus consecuencias en el contenido y en la dinámica de la obligación facultativa

Con la finalidad de sistematizar correctamente las *fattispecie* contenidas en las normas subcomento, destinadas ambas a regular lo concerniente a la nulidad e imposibilidad prestacional, evitándose inútiles reiteraciones, creemos oportuno acumular nuestras aseveraciones y fijar posición común sobre el particular, para luego, sobre tal base, efectuar el desarrollo que corresponda a cada una de las disposiciones particularmente consideradas.

Como ya hemos señalado con anterioridad, el término "nulidad prestacional" denota una grave desorientación conceptual. Para darse cuenta de ello solo basta recordar que la prestación –en una acepción amplia que engloba toda la significación de la codicística– es cualquier aporte de utilidad derivada de un acto jurídico o de un comportamiento material de un sujeto (sea este la ejecución de un servicio o de otra actividad, la abstención del ejercicio de un derecho, la entrega de un bien y así por el estilo) (CHECCHINI, p. 2 de la separata) que en el caso de una relación obligacional está destinado a satisfacer el interés del acreedor al que se encuentra constreñido el deudor; así, resulta una incoherencia sostener que la *prestación* podría ser calificada como *nula,* pues ella pertenece o se vincula a la realidad material objetiva y no al esquema formal de los actos (en sentido amplio) que poseen una estructura sobre los que puede recaer la sanción de nulidad (por ejemplo, negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, etc.).

En otras palabras, es bastante impreciso referirse a la nulidad de una prestación cuando la nulidad, como es bien sabido, opera directamente sobre un contenido-estructura de orden compositivo-regulatorio, y no sobre las prestaciones cuya calificación y su consecuente constreñibilidad como tales pueden considerarse inexistentes por la valoración negativa del punto de autorregulación que la contempla: es más adecuado ceñirnos a este criterio para entender más armónicamente el sistema legislativo.

En parecer propio, lo que se quiso expresar es que el negocio patrimonial de naturaleza obligatoria (fuente de obligaciones con contenido prestacional) puede ser nulo (se entiende

parcialmente), afectando determinadas prestaciones insertas en su contenido, y que por esta vicisitud se considere que nunca fueron, entre otras cosas, constreñibles. En otras palabras, en términos sustanciales, no pudieron ser jurídicamente tomadas como prestaciones.

Con relación a la imposibilidad prestacional, se debe inmediatamente precisar que las normas subcomento aluden solo a la imposibilidad –se entiende sobreviniente y no originaria en cuanto dicho supuesto ya está contemplado cuando se alude a la nulidad prestacional que comprende la imposibilidad del objeto-prestación– sin referirse a su imputabilidad, lo que resulta correcto en cuanto no nos encontramos frente a un problema de responsabilidad debitoria donde se tenga que dilucidar la liberación o no liberación del deudor ni las consecuencias de su actuación concreta.

Por ello, resulta importante señalar que la imposibilidad, independientemente de que sea o no imputable a las partes, hace normalmente alusión a aquellos hechos irresistibles e imprevisibles que generan la imposibilidad de ejecución prestacional: en cuanto cualquiera de estos hechos haga imposible la prestación principal, adquieren relevancia, constituyendo también un evento configurativo de la extinción total de la obligación facultativa, tal y como lo estipula el artículo 1169.

En ese sentido, hay que precisar que la extinción de la obligación facultativa no supone que no puedan imputársele daños y perjuicios al obligado facultativo, en tanto a este le sean imputables la imposibilidad o la nulidad; por consiguiente, de ser el caso, tendrán que evaluarse el plano material y los criterios de imputación de la responsabilidad contractual aplicable a la hipótesis submateria.

Ahora bien, en el caso de que la imposibilidad e incluso la nulidad de la prestación principal le sea imputable al acreedor, es obvio que no se excluye el efecto extintivo *ex lege* previsto en el artículo 1169, siendo posible que –constatados los componentes de la responsabilidad– pueda este asumir los daños y perjuicios correspondientes derivados de la situación emergente en que se coloca a las partes.

La razón dogmática de la extinción de la obligación facultativa por nulidad e imposibilidad prestacional que afecten la prestación, llamada impropiamente principal, se debe estrictamente a que ella es la única prestación contenida en la obligación: es evidente que su falta de constreñibilidad (nulidad) o imposibilidad sobreviniente determinan su extinción por mandato expreso de la norma subcomento. El artículo 1169 impone la irrelevancia de la validez del contenido o la imposibilidad de la *prestación sustituta* tomando, sin duda, en cuenta que esta prestación, hasta que se ejerza el derecho potestativo de sustitución, no forma parte del contenido de la relación obligacional. Es evidente que si se ejerce la sustitución y la nulidad-imposibilidad se constata, será de aplicación esta norma en cuanto la prestación sustitutoria ya forma parte del contenido obligacional.

Siguiendo el razonamiento esbozado, podemos explicar muy sencillamente el artículo 1170, cuyo objetivo es preceptuar que, estando la prestación "principal" respaldada por un contenido negocial válido y siendo ella de posible cumplimiento, una vez constatado que la prestación sustitutoria resultase apoyada por un contenido negocial nulo o que ella sea imposible de ejecutar, se impone que dicha prestación no forme más parte del esquema obligacional facultativo, con lo que automáticamente este pierde vinculatoriedad para las partes, transformándose en una obligación simple. De nuevo, es obvio que si la prestación sustitutiva ha sido ya insertada en el contenido obligacional, la consecuencia directa será su extinción, en directa aplicación del artículo 1169.

Dicho en otras palabras, dada esta situación anómala de la prestación sustitutoria, debe estimarse que la obligación facultativa no tendría por qué extinguirse, puesto que no existe vinculatoriedad de ella frente a las partes hasta el momento en que fuere eventualmente insertada en el contenido obligacional, perdiendo en ese instante la calificación de sustitutoria y revelándose su destino, a partir de ese momento, como determinante de la relación obligacional.

Debemos poner énfasis en que la prestación sustitutoria no puede servir de fundamento a la relación obligacional, quedando claro que su inoperatividad no tendrá impacto alguno en su vinculatoriedad: la obligación facultativa se convertirá en simple, por lo que esta se contraerá en su fase de cumplimiento a la ejecución de su única prestación.

De otro lado, hay que decir que, si la nulidad o imposibilidad se debe a causa imputable al deudor, ello, en principio, no tendría secuela alguna en la eventual responsabilidad, pues es el deudor el que habría perdido la posibilidad de ejercer el derecho potestativo de sustitución, quedando claro que el riesgo de incumplimiento se incrementa debido a la probable conducta irregular que haya determinado la incurrencia en cualquiera de los dos supuestos abordados.

Asimismo, si la nulidad o imposibilidad se debe a causa imputable al acreedor, ello podría tener repercusión en el plano de la responsabilidad dada la pérdida de la situación de ventaja sufrida por el deudor que depende, para liberarse, exclusivamente de la prestación "principal". Dado el caso, ello importaría la afectación de las expectativas patrimonialmente valorables, materialmente vinculadas a la ejecución de la prestación sustitutoria que ostente el deudor, siempre que dichas expectativas se hayan configurado como consecuencia de la configuración de la relación obligacional.

Como el atento lector habrá podido advertir, por las razones dogmáticas indicadas, disentimos de la utilización en los artículos comentados de la regla que se contrae a señalar que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y no al revés (lógica que se encuentra diseminada en varios artículos del Código Civil), que bien puede ser utilizada y aplicada, por ejemplo, al contenido de negocios jurídicos generadores de relaciones jurídicas cuando se analice el fenómeno de la nulidad parcial. Correctamente, la calificación de "principal" y "accesorio" tiene que ser resuelta tomando en consideración la función del negocio de que se trate, observando cuál o cuáles son las partes del contenido que pueden ser consideradas como principales o accesorias en relación con su trascendencia sobre su desenvolvimiento que, como sabemos, involucra a la temática de la causa-función.

En el plano obligacional generalmente se alude a la obligación principal como aquella que puede existir por sí sola, mientras que accesoria sería aquella que presupone otra principal, de la que depende y en función de la que se justifica, tendiendo a asegurarla o a completar sus efectos. Tampoco, en parecer propio, se podría utilizar tal enfoque, pues la prestación sustitutoria depende solamente de que el deudor pueda incorporarla y hacerla vinculante para sí, claro está, en los supuestos en que resulte materialmente viable la otra prestación. Finalmente, es muy discutible que la prestación sustitutoria tenga una función asegurativa o complesiva de los efectos obligacionales determinados en torno a la única prestación que comprende el esquema facultativo.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho de Obligaciones. 12ª ed., Edisofer, Madrid, 2004; BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo V, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis de

los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto civile. L'obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1987; BRECCIA, Umberto. "Le obbligazioni". En: Trattato di Diritto Privato. Al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1991; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; CARBONI, M. Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno, UTET, Torino, 1912; CHECCHINI, Aldo. "Voz 'Prestazione I) Diritto civile'". En: Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. XXIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, fondata da Giovanni Treccani, S.p.A., Roma, 1991; COSTANZA María. Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1989; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del contratto. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1967; Íd. "Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca. Al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; FERRI, Luigi. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GALGANO, Francesco. Le obbligazioni in generale. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2011; GIORGIANNI, Michele. L'inadempimento. Terza edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; LOI, María Leonarda. "Le obbligazioni alternative". AA. VV. Diritto Privato parte prima. Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002; MAZZONI, Cosimo Marco. "Le obbligazioni alternative". En: Obbligazioni e contratti di Rodolfo Sacco. Tomo primo, que forma parte del Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), reimpresión, Torino, 1988; MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Traducción del alemán de Ángel Martínez Sarrión, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1995; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. VII, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; NATOLI, Ugo. "L'attuazione del rapporto obligatorio". En: Trattato di diritto civile e commerciale. Vol. XVI, tomo 1, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974; Íd. "La regola della corretezza e l'attuazione del rapporto obligatorio". En: Studi sulla buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano 1975; OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Íd. Compendio de derecho de las obligaciones. Palestra, Lima, 2008; OSTI, Giuseppe. "Revisione critica della teoría sulla imposibilitá della prestazione". En: Rivista di diritto civile. Anno X, III, maggio-giugno, Societá Editrice Libraria, Milano, 1918; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric y NÚÑEZ SÁENZ, Ysmael. Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Jurista, Lima, 2004; PERLINGIERI, Pietro y ROMANO, Geremia. "Obbligazioni alternative e facoltative". En: PERLINGIERI, Pietro (director). Manuale di diritto civile, 3ª ed., ESI, Nápoles, 2002; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROMANO, Salvatore. "Voz 'buona fede'". En: Enciclopedia del diritto. Tomo V, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1959; ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4ª ed., Edizioni Monduzzi, Bolonia, 2001; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)". En: Commentario al Codice Civile. A cura de Scialoja e Branca, Nicola Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Sesta edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1983.

Duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa

Artículo 1171.- *En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa.*

Concordancias:
C.C. art. 169; C.P.C. art. 693 inc. 8)

JOSEPH MEJÍA GUEVARA

1. Presunción legal de obligación facultativa

Se ha señalado que la diferencia entre la obligación alternativa y la facultativa radica fundamentalmente en el hecho de que en la primera el deudor se encuentra constreñido a ejecutar cualquiera de las prestaciones, las mismas que tienen –respecto del deudor– igual viabilidad a los fines de ser ejecutadas; en cambio, en la segunda existe una sola prestación acompañada del derecho potestativo a través del cual, en caso de así considerarlo el deudor, se pueda ejecutar la prestación sustitutoria y, en consecuencia, quedar liberado mediante su solo cumplimiento.

De la lectura del referido dispositivo, y en el marco de una correcta interpretación del contenido negocial, no debería, en principio, haber confusiones para identificar inmediatamente frente a qué esquema obligacional nos encontramos; no solo por la denominación que se le otorgue a cada uno de ellos, sino porque cada esquema contiene una lógica marcadamente diferente uno del otro.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no todas las formulaciones gramaticales generan certeza respecto de la tipología obligacional plasmada y a veces la denominación utilizada no guarda correspondencia con la naturaleza del esquema obligacional que se pretende significar, por lo que se ha optado –creemos inapropiadamente– por establecer que, ante la duda acerca de la naturaleza de la obligación, se la tiene por facultativa; lo que constituye una exacerbación del principio *favor debitoris* –naturalmente, en beneficio del deudor–, puesto que, una vez instalada la duda (razonable) sobre la identidad de la obligación (lo que nos lleva a tenerla por facultativa), no cabría la aplicación del mecanismo de elección de la prestación a ejecutar –típico de la obligación alternativa– que, eventualmente, podría legítima y legalmente, la posición del deudor, quien ahora podrá optar por la ejecución de cualquiera de las dos prestaciones, prescindiéndose de la intermediación del mecanismo de elección.

Ciertamente, si en la formulación incorporada solo se expresa que el deudor podrá ejecutar alguna de las dos prestaciones –con lo que, en cualquier caso, se extinguiría la obligación–, ello podría generar alguna ambigüedad con relación a la interpretación de la naturaleza de la obligación y, en ese sentido, resulta efectivo que la norma en comentario resuelva el contratiempo; sin embargo, subsiste una innecesaria inclinación a favor del deudor.

Asimismo, hay que precisar que la norma en cuestión solo sería aplicable frente a obligaciones que hagan referencia a no más de dos prestaciones, dado que la duda no sería posible en caso de que nos encontremos frente a una obligación alternativa concomitante de más de dos prestaciones.

Ahora bien, hay que indicar que el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano, cuya publicación se dispuso mediante Resolución Ministerial N° 0046-2020, del 5 de febrero de 2020, ha cambiado el esquema actual previsto en la norma en examen; proponiendo que, en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene, más bien, por alternativa, debido fundamentalmente a que, de acuerdo a la exposición de motivos del mencionado dispositivo, "ante tal situación todas las prestaciones deben considerarse en el mismo plano".

Sin embargo, debe dejarse sentado que, en la práctica, debido a que la confusión solo puede darse en caso de que se esté frente a dos prestaciones alternativas o facultativas, se puede decir que, en materia de liberación, cualquiera de las prestaciones estaría en un único estatus de cumplimiento extintivo liberatorio, aunque hay que decir que la diferencia, más bien, radicaría en el hecho de que ahora, con la propuesta prevista en el Anteproyecto, sí mediaría la facultad de elección de parte del acreedor (o, incluso, del deudor), lo que constituiría eventualmente, y dado el caso de que quien elija sea el acreedor, un carga para el *solvens* y una prerrogativa más para el *accipiens*.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho de Obligaciones. 12ª ed. Edisofer, Madrid, 2004; BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo V, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto civile. L'obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1987; BRECCIA, Umberto. "Le obbligazioni". En: Trattato di Diritto Privato. Al cuidado de Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1991; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; CARBONI, M. Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno. UTET, Torino, 1912; CHECCHINI, Aldo. "Voz 'Prestazione I) Diritto civile'". En: Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. XXIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, fondata da Giovanni Treccani, S.p.A., Roma, 1991; COSTANZA María. Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede. Dott. A. Giuffré, Milano, 1989; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del contratto. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1967; Íd. "Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200)". En: Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca. Al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; FERRI, Luigi. La autonomía privada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GALGANO, Francesco. Le obbligazioni in generale. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2011; GIORGIANNI, Michele. L'inadempimento. Terza edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1975; LOI, María Leonarda. "Le obbligazioni alternative". AA. VV. Diritto Privato parte prima. Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002; MAZZONI, Cosimo Marco. "Le obbligazioni alternative". En: Obbligazioni e contratti di Rodolfo Sacco. Tomo primo, que forma parte del Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), reimpresión, Torino, 1988; MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Traducción del alemán de Ángel Martínez Sarrión, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1995; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979; NATOLI, Ugo. "L'attuazione del rapporto obligatorio". En: Trattato di diritto civile e commerciale. Vol. XVI, tomo 1, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974; Íd. "La regola della corretezza e l'attuazione del rapporto obligatorio". En: Studi sulla buona fede. Dott. A. Giuffrè, Milano 1975; OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Íd. Compendio de derecho de las obligaciones. Palestra, Lima, 2008; OSTI, Giuseppe. "Revisione critica della teoría sulla imposibilitá della prestazione". En: Rivista di diritto civile. Anno X, III, maggio-giugno, Societá Editrice Libraria, Milano, 1918; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric y NÚÑEZ SÁENZ, Ysmael. Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Jurista, Lima, 2004; PERLINGIERI, Pietro y ROMANO, Geremia. "Obbligazioni alternative e facoltative". En: PERLINGIERI, Pietro (director). Manuale di diritto civile. 3ª ed., ESI, Nápoles, 2002; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROMANO, Salvatore. "Voz 'buona fede'". En: Enciclopedia del diritto. Tomo V, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1959; ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4ª ed., Edizioni Monduzzi, Bolonia, 2001; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)". En: Commentario al Codice Civile. A cura de Scialoja e Branca, Nicola Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile. Nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Sesta edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1983.

TÍTULO V
OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Principio de división de las deudas y créditos

Artículo 1172.- *Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores solo 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.*

Concordancias:
C.C. arts. 1173, 1174, 1347; LEY 26887 arts. 177, 191, 278

CARLOS FLORES ALFARO

Esta disposición contiene un supuesto normativo que explica el *principio de división*, que limita la exigencia del crédito y el pago de la obligación a una porción de los mismos, siempre y cuando concurran los siguientes elementos:

1. Multiplicidad de acreedores o deudores

Con este artículo nuestro Código inicia la regulación sobre las diversas clases de obligaciones generadas a partir de un hecho objetivo: la pluralidad de los sujetos vinculados.

La Teoría General de la Obligación, propuesta desde la base de un solo sujeto activo y uno pasivo, se enfrenta a realidades más complejas y disímiles. No es extraño que la primera gran obra respecto al tema de la divisibilidad de la obligación se llamara *"Extricatio labyrinthi dividui et individui"* ("Desenredo del laberinto de lo diviso e indiviso"), escrita por Carlous Molinaeus, más conocido como Dumoulin, y publicada en 1562, con la intención de dilucidar el tema, calificado por el propio autor como "el mar más agitado, el más profundo y el más proceloso de todo el océano del derecho" (OSPINA).

La doctrina ha reconocido que la pluralidad de los sujetos de la obligación se puede producir en el origen de la relación o de manera derivada; en ese sentido, una pluralidad originaria será por ejemplo la garantía personal que varios sujetos otorgan a favor de otros tantos acreedores mutuantes, el contrato de locación de servicios celebrado entre varios locatarios y diversos comitentes para realizar diversos trabajos, o las inmisiones causadas por varias compañías a un pueblo, que deriven en responsabilidad excontractual. A su vez, la pluralidad de sujetos puede ser derivada, como consecuencia básicamente de la transmisión de las obligaciones, ya sea por acto entre vivos (un contrato de subrogación, cesión de créditos, etc.), o por efectos de una sucesión hereditaria. Cabe precisar que este distingo es meramente teórico (CAZEAUX y TRIGO REPRESAS).

La mayoría de autores también reconoce que la concurrencia de los sujetos activos y pasivos en la relación obligatoria puede ser disyuntiva o conjuntiva. La primera se distingue por la disyunción "o", y nos presenta una pluralidad inicial que al estar condicionada a una elección alternativa no mantiene la multiplicidad de sujetos durante la relación obligatoria, mucho menos hasta la etapa de ejecución o cumplimiento. En cambio, la concurrencia conjuntiva,

expresada con la conjunción "y", mantiene la concurrencia de sujetos en todas las etapas de la relación, de modo que en los sujetos activos coexiste su derecho y en los pasivos su obligación. Esta última es el tipo de concurrencia del que nos habla este artículo.

2. La prestación contenida en la obligación es de naturaleza divisible

Existe consenso en definir una obligación divisible como aquella que contiene una prestación que puede hacerse efectiva de manera parcial, sin afectar su naturaleza ni disminuir su valor. Desde Dumoulin no solo la naturaleza de la prestación define la divisibilidad, sino también el acuerdo de las partes puede permitir el cumplimiento parcial de la prestación. Sin embargo, la doctrina contemporánea no se pone de acuerdo sobre esto último, o en todo caso, considera estas precisiones carentes de efectos prácticos (PLANIOL y RIPERT).

Para nuestro sistema civil, por interpretación *a contrario* del artículo 1175 del Código Civil, una obligación divisible lo es si no se opone a la naturaleza de la prestación, al acuerdo de las partes o a ley.

Nuestro Código, como la mayoría de los Códigos modernos, no nos ofrece mayores descripciones o criterios para reconocer a las obligaciones divisibles (a diferencia del Código Civil de 1936), por lo que nos tomamos la licencia de citar el artículo 669 del anterior Código argentino de Vélez Sársfiled de 1869, que pese a estar derogado y a que el contenido de dicho artículo no es recogido en el nuevo Código Civil y Comercial de 2014, nos parece muy ilustrativo en relación a las obligaciones de dar.

El texto del artículo 669 señalaba: "Las obligaciones de dar son divisibles cuando tienen por objeto entregas de sumas de dinero o de otras cantidades, o cuando teniendo por objeto la entrega de cosas inciertas no fungibles, comprenden un número de ellas de la misma especie, que sea igual al número de acreedores o deudores, o a su múltiplo".

Si bien los dos primeros tipos de obligaciones no requieren mayor análisis, sí nos resulta curiosa la condición necesaria de que, en la entrega de cosas inciertas no fungibles, el número de ellas debe ser igual al número de acreedores o su múltiplo. De este modo solo se pueden entregar 10 autos a 2, 5 o 10 acreedores, pero no sería divisible la obligación si el número de acreedores concurrentes fuera 3,4,6,7,8 o 9.

Como dijimos nuestro Código Civil no tiene una limitación de este tipo, por lo que cuando el principio bajo comentario se refiere a "una parte del crédito (o) una parte de la obligación", no pretende sobreponerse a la ley, o al acuerdo de las partes, quienes pueden adecuar la relación obligatoria a sus circunstancias.

En el caso de las obligaciones de hacer y de no hacer, el debate sobre su divisibilidad es mayor. El derogado Código de Vélez, por ejemplo, permitía la existencia de las primeras solo cuando estaban determinadas por un sistema de tiempo o de medida, y de las segundas, previo análisis del caso concreto, lo cual ya no está normado en el nuevo Código argentino. En estos casos hay consenso de que el principio es de indivisibilidad y solo excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, se puede optar por la divisibilidad de las prestaciones, aun cuando se trate de sujetos múltiples.

Coincidimos con la dificultad de reconocer la divisibilidad de las prestaciones de hacer y de no hacer, y con la propuesta de analizar los casos concretos en esta tarea.

3. La obligación no es de carácter solidario

Esta condición resulta importante, porque para nuestra norma civil sustantiva, la solidaridad también puede pactarse en las obligaciones de sujeto múltiple, complejo o plural.

La diferencia, que la doctrina repite, entre las clasificaciones de divisible-indivisible y mancomunada-solidaria, reside en que las primeras atienden a la naturaleza de la prestación y las segundas a la forma de obligarse. Es decir, los autores distinguen a propósito de estas categorías entre la naturaleza y la forma de la obligación. Posición que nos parece discutible en la actualidad, toda vez que está permitido a la ley y a las partes establecer la forma de obligarse, de modo que se pueden obligar de manera divisible y solidaria, indivisible y solidaria, divisible y mancomunada, e indivisible y mancomunada, por ser todos estos conceptos distintos y complementarios (OSTERLING y CASTILLO).

En este orden de ideas, en el caso específico del artículo comentado, se tratará de obligaciones divisibles y mancomunadas, lo que en alguna medida explica la norma contenida en el artículo 1182 del Código Civil.

¿Por qué el presente artículo excluye la posibilidad de las obligaciones solidarias? Creemos que la razón reside en la noción de solidaridad que se adecua a nuestro sistema civil, que supone que cualquiera de los deudores pueda satisfacer íntegramente la obligación o cualquiera de los acreedores pueda exigir el cumplimiento total de la prestación, lo que sería directamente opuesto a los efectos normativos que esta norma pretende: cada acreedor solo puede pedir la porción del crédito que le corresponde y cada deudor solo está obligado a realizar su parte de la prestación.

Entonces, siempre que se cumplan estas tres condiciones se podrán limitar el crédito y el cumplimiento de la prestación a porciones independientes, que podrían ejecutarse de manera autónoma o fragmentada. En estos casos, no se podría proponer el ejemplo de los daños generados por diversas personas que deriven en responsabilidad civil extracontractual, ya que el artículo 1983 obliga a la responsabilidad solidaria, ni tampoco el caso de obligaciones con un solo sujeto activo y pasivo, ya que aunque la prestación sea de naturaleza divisible, su cumplimiento siempre deberá realizarse de manera indivisible, por el principio de integridad.

Sobre esto último vale la pena precisar que el principio de integridad al que nos referimos, tiene sus excepciones en la ley, el acuerdo de las partes o en un pronunciamiento judicial, que pueden decidir que la prestación se cumpla en partes (WAYAR).

4. ¿Estamos frente a un principio de derecho?

Creemos, como un sector de la doctrina peruana (CÁRDENAS QUIRÓS), que en materia de obligaciones y contratos, el legislador debe actuar de manera supletoria, cubriendo los espacios que las partes puedan haber dejado de regular y, en ese sentido, proponiendo "principios" solo cuando estos contengan un alto contenido valorativo. Este es el caso del principio de divisibilidad cuando estamos frente a obligaciones con sujeto plural.

Resumiendo este principio diremos que cuando la prestación es divisible, también son divisibles el crédito y la deuda. Esta opción normativa por afirmar la divisibilidad de la obligación, en perjuicio de las obligaciones indivisibles o solidarias, es compartida por muchos Códigos modernos. Algunos autores explican esta tendencia en la vieja idea de favorecer al deudor (PEIRANO FACIO).

En realidad, para los deudores se trata de un beneficio que les permite responder solo por la cuota que les corresponde, sin que la insolvencia de un codeudor los perjudique; en cambio para los acreedores es un límite a su derecho de crédito que puede afectarlos, si un determinado deudor es exonerado por causa legal o circunstancial. Pero, si bien la *ratio* inicial de esta norma pudo haber sido la peligrosa regla del *favor debitoris* (entendida en su acepción común), creemos que en la actualidad ya no lo es más porque se afectaría al principio constitucional de igualdad. En cambio, conceptuamos que esta norma responde al interés del legislador por facilitar el cumplimiento de las obligaciones favoreciendo el uso de mecanismos permitidos por la naturaleza de la prestación.

En ese sentido, a nuestro ordenamiento privado le interesa que en las obligaciones divisibles, los sujetos múltiples tengan un tratamiento especial respecto de aquellos que se encuentran vinculados a través de prestaciones de naturaleza indivisibles. Diferenciar este tratamiento es de tal trascendencia que ha sido elevado a nivel de un principio, de modo que los efectos de una obligación divisible se producen sin necesidad de que las partes lo pacten expresamente o que el juez lo declare o lo autorice.

5. Principio de divisibilidad vs. principio de integridad

Realmente no existe una contradicción entre estos dos principios, ya que si bien el primero supone la posibilidad del pago fraccionado, en tantas partes como número de deudores y acreedores haya, ello de ninguna manera legitima el incumplimiento de una obligación con la ejecución parcial de la prestación. En estos casos, el fraccionamiento en el pago no afecta la integridad del mismo.

Tampoco se debe confundir el principio de divisibilidad con la posibilidad de cumplir las prestaciones de manera periódica o por partes, como en los contratos laborales o de arrendamiento, que se pactan entre sujetos singulares.

DOCTRINA

BECERRA TORO, Rodrigo. Obligaciones Civiles. Fuentes y Formas. Editorial Temis, Bogota, 1987. BOFFI BOGGERO, Tratado de las Obligaciones. Tomo 3, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985. BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones. Octava Edición Actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1986. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Felix A. Compendio de las Obligaciones. Tomo 1, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1986. FERRERO COSTA, Raúl. Curso de las Obligaciones. 2ª Edición, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1988. GIORGI, Jorge. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Volumen I, Imprenta de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1909. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones. Centro de Estudios Universitarios Ramón Arece, Editorial Ceura, Madrid, 1983. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, RAFFO BENEGAS, Patricio, MASSOT, Rafael A. Manual de Derecho Civil-Obligaciones. Séptima Edición, Perrot, Buenos Aires, 1981. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis, Bogota, 1976. OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil Vol. XVI, Primera Parte-Tomos II y III, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1994. OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VI, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1988, pp. 231. PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Las Obligaciones en el Derecho Civil peruano. Tomo I, Tercera Edición, Editora y Distribuidora de Libros Huallaga E.I.R.L., Lima, 1990. PEIRANO FACIO, Jorge. Obligaciones divisibles e indivisibles del Código Civil. Monografías Jurídicas. Editorial Temis, Bogotá, 1983. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo Séptimo: Las Obligaciones (Segunda Parte). Printed by Cultural S.A. La Habana, 1946. VÉLEZ LONDOÑO, Hernán. Curso de Obligaciones. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1968. WAYAR, Ernesto C. Derecho Civil-Obligaciones I. Concepto, Naturaleza, Elementos, Efectos, Teoría del Incumplimiento. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Reforma del Código Civil peruano. Doctrina y Propuestas. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998.

JURISPRUDENCIA

PLENO CASATORIO

Obligación divisible puede ser cumplida en forma parcial

Las obligaciones divisibles son aquellas cuyo cumplimiento se puede dar de manera parcial, es decir, que puede ser dividido sin afectar o alterar el valor de la obligación **(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 50).**

CORTE SUPREMA

La solidaridad, en el ordenamiento jurídico peruano, no se presume

{F}inalmente, respecto de la denuncia de infracción de los artículos 141, 168, 169, 172 y 1183 del Código Civil, la recurrente pretende cuestionar el contrato de cuenta corriente celebrado con el Banco; asimismo, debe señalarse que al haberse establecido que la obligación es solidaria no puede pretenderse aplicar el artículo 1172 citado, puesto que dicha norma exceptúa la obligación solidaria; y en cuanto al artículo 1183 del Código Civil que prescribe que la solidaridad no se presume, solo la ley y el título de la obligación la establecen en forma expresa; debe señalarse que dicha norma impone la necesidad de la declaración expresa, en el caso de autos, conforme se tiene de la cláusula décimo segunda del contrato de cuenta corriente que obra a fojas quince, se declaró en forma expresa que los titulares de la cuenta corriente son responsables en forma solidaria (Cas. N° 2366-2012-Arequipa)

Las obligaciones solidarias pueden ser divisibles o indivisibles

{L}as obligaciones solidarias pueden estar referidas, tanto a aquellas prestaciones divisibles como indivisibles, pues la forma de prestación no determina la forma en que se encuentras obligadas las partes ya sea de manera mancomunada o solidaria, razones expuestas por las cuales la aplicación de las normas denunciadas no resultan pertinentes al caso de autos, puesto que conforme lo han establecido las instancias de mérito la presente deuda se trata de aquella obligación contraída de un monto expresado en una cantidad de dinero, lo que permite advertir que se trata de una obligación divisible, por lo que corresponde desestimarse este extremo **(Cas. N° 4528-2007-Callao).**

Presunción de división alícuota

Artículo 1173.- ***En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.***

Concordancias:
C.C. arts. 1172, 1174, 1347, 1886, 1887, 1961; LEY 26887 art. 425

CARLOS FLORES ALFARO

Cumplidas las condiciones reseñadas en el artículo anterior, a todos los acreedores y deudores les corresponde exigir o responder, según sea el caso, sobre una parte de la obligación. En la práctica esa porción puede ser desigual para los sujetos, por los pactos que se puedan producir, pero de no existir tal convención o no exigirlo la ley, las porciones se presumirán iguales.

En efecto, la presunción de igualdad que enuncia el artículo bajo comentario se produce como consecuencia de falta de norma expresa en contrario, o de acuerdo de las partes en el título de la obligación o de las circunstancias del caso. Veremos en seguida cada una de estas excepciones:

1. La ley

El Código Civil tiene varios ejemplos en los que la norma quiebra la presunción de igualdad de las cuotas planteada por este artículo, por ejemplo el artículo 1347 que obliga a los herederos a satisfacer la cláusula penal en la proporción de su herencia; el 1887 que explica el beneficio de división por el cual cada fiador demandado puede exigir que el acreedor reduzca la acción a la parte de la deuda que le corresponde, o el 1961 que, en la promesa unilateral, permite exigir a varias personas el cumplimiento de la prestación en atención a la parte que cada una aportará al resultado.

En estos artículos se observa que la lógica jurídica impone su manifestación normativa ante la posibilidad de interpretaciones antojadizas que puedan desnaturalizar el uso racional de la presunción de igualdad.

2. El título de la obligación

Como es evidente, nos encontramos frente a un artículo, como muchos en materia de obligaciones, de naturaleza supletoria que, como tal, permite que las partes puedan ponerse de acuerdo en el título de la obligación sobre la forma o proporción como se van a dividir el cumplimiento de la prestación o la exigencia del crédito.

Llambías manifiesta que por "título de la obligación" debe entenderse al instrumento "donde conste la causa de la obligación conjunta", si estos títulos no dicen nada, se deberán observar los contratos que entre sí hubiesen celebrado los cointeresados.

Nosotros pensamos que en realidad existen dos situaciones que nos permitirán verificar el contenido del título de la obligación, y ambas pueden ser simultáneas. La primera, cuando las personas que conforman una determinada "parte" (acreedores o deudores) en la relación obligatoria se ponen de acuerdo entre ellas; por ejemplo, acuerdos en el grupo de los

acreedores, o en el grupo de los deudores; y la segunda, cuando ambos grupos (acreedores y deudores) establecen la proporción de sus derechos y responsabilidad en el mismo título.

En la primera de las situaciones planteadas, pudiera ser que cada grupo hubiera formalizado, o simplemente acordado, internamente sobre el alcance de sus participaciones, de manera proporcional o no, e inclusive es posible que algunos de ellos figuren de forma simulada para facilitar el pago o la cobranza de la deuda, sobre todo cuando los montos divididos no son proporcionales (CAZEAUX y TRIGO REPRESAS).

Osterling y Castillo nos dicen "cuando estemos en presencia de una obligación cuya prestación consista en la entrega de bienes fungibles o inciertos, se entenderá divisible la obligación, siempre y cuando cada uno de los deudores pueda cumplir frente al o a los acreedores comunes, un número igual a los bienes debidos. De lo contrario estaríamos en presencia de una obligación indivisible", salvo, agregaríamos nosotros, que exista un pacto interno entre los deudores que les permita cumplir con su obligación de manera desigual o en proporciones diferentes.

De hecho, suele suceder que el acuerdo de división del crédito entre los acreedores no coincida con el acuerdo de división de la deuda entre los deudores, en cuyo caso el principio desarrollado en el artículo 1172 del Código Civil resolvería el problema.

Si los acuerdos al interior de cada uno de los grupos coinciden en proporciones, de modo que encajen en el acuerdo al que lleguen ambos grupos en el título de la obligación, se habrán producido simultáneamente las dos situaciones previstas.

3. Las circunstancias del caso

Siguiendo lo expuesto por Llambías líneas arriba, este continúa diciendo que "si callasen los títulos de la obligación y nada hubieran convenido los cointeresados entre sí" se podrá atender a las circunstancias de cada uno de los casos.

Explicar las circunstancias no se puede si no se alega el caso concreto, entonces, solo podemos proponer algunos ejemplos a manera de ilustración.

En las llamadas obligaciones de medios, como las obligaciones de hacer, cuando diferentes constructores se obligan a construir una casa, difícilmente coincidirán en la proporción de sus obligaciones, ya que uno podrá construir el primer piso, otro el segundo, otro los jardines, etc. También en las obligaciones divisibles derivadas, cuando dos codeudores fallecen dejando cada uno su herencia a distinta cantidad de herederos, entonces la obligación será necesariamente dividida en porciones disímiles entre los nuevos deudores, lo mismo podría suceder por el lado de los acreedores.

4. ¿Obligaciones autónomas e independientes?

En otro extremo, el artículo comentado ha optado por considerar a cada una de las deudas y créditos que derivan de una obligación divisible, como independiente y autónoma.

Sin embargo, la doctrina discute si una obligación divisible supone su conversión en varias obligaciones indivisibles entre sujetos individualizados y determinados, o se mantiene el carácter de obligación única con contenido complejo.

La primera tesis, que es la que sigue nuestro Código, nos dice que en mérito al principio de divisibilidad una prestación divisible entre varios acreedores y varios deudores, supone

tantas diferentes relaciones obligacionales como partes existan. Por ejemplo, **A** y **B** se han obligado a entregar 100 soles a **X** y **Z**; entonces, por el principio visto en el artículo anterior, se formarán las siguientes relaciones **A** está obligado a entregar la suma de S/. 25,00 a **X** y **Z** (S/. 17,50 a cada uno) y **B** está obligado a entregar la suma de S/. 25,00 a **X** y **Z** (S/. 17,50 a cada uno), y por el lado de los acreedores, **X** solo podrá requerir el cobro de S/. 25,00 a **A** y **B,** y **Z** solo podrá requerir el cobro de S/. 25,00 a **A** y **B**. En este sentido, cada crédito y cada deuda son independientes.

Palacio Pimentel se explaya precisando los efectos de esta posición en nuestra legislación, indicando que "1) cada deudor está obligado a pagar su parte, y si hubiese pagado la parte de los demás, le asistirá el derecho de 'repetición' contra estos; 2) el requerimiento hecho por el acreedor o uno de los acreedores a un deudor determinado, solo a este lo constituirá en mora y solo en cuanto a su parte y nada más; tal requerimiento no afectará la parte de la deuda de los demás obligados; 3) la inejecución imputable a culpa o dolo de uno de los codeudores, solo a ese lo responsabiliza, no a los demás codeudores divisibles; 4) si uno o más deudores fueran insolventes, los otros codeudores no estarán obligados a satisfacer parte de la deuda correspondiente al deudor o deudores insolventes; y 5) la prescripción liberatoria ganada por un codeudor que no ha sido requerido a tiempo no beneficiará a los demás. Recíprocamente, la 'interrupción' de la prescripción liberatoria, por el requerimiento hecho a determinado codeudor, no perjudicará de modo alguno a los demás codeudores". Los ejemplos mencionados son también citados por la doctrina argentina y en algunos casos desarrollados por la legislación uruguaya.

Si bien estamos de acuerdo con los ejemplos planteados, conviene advertir que ellos no sugieren necesariamente la autonomía de las prestaciones que resultan de una obligación divisible, además de estar relacionados con la etapa de ejecución de la obligación y no con la naturaleza de la misma, por lo que nos inclinamos a la doctrina que considera que aun cuando el crédito y la deuda se fraccionen, no se podría tratar de obligaciones distintas e independientes, toda vez que la relación obligacional siempre es una, con contenido complejo, donde se observan diversas situaciones de ventaja y desventaja.

La unidad de esta relación obligatoria se demuestra porque sus efectos vinculan a las partes. En el ejemplo sugerido líneas arriba, si **B** es declarado en quiebra por no tener activos para pagar sus obligaciones, se afectará el derecho subjetivo de **X** y **Z**, quienes cobrarán solo parte de su crédito (hasta S/. 25,50 cada uno), o si **X**, ejerciendo su derecho, cobra el íntegro de su crédito a **B**, **Z** se afectará porque **B** no estará en situación de realizar ningún otro pago.

En efecto, como manifiesta Ospina "la división no exige más de lo necesario para limitar a sus cuotas respectivas a responsabilidad de los deudores y el derecho de los acreedores", de modo que la norma se cumplirá cuando **A** pague S/. 25,00, **B** pague S/. 25,00, **X** cobre S/. 25,00 y **Z** cobre S/. 25,00. La posibilidad de pagar de manera distinta a la presunción de igualdad no se entendería si los vínculos en las obligaciones indivisibles fueran absolutamente independientes.

La resolución del título de la obligación nos da un mejor ejemplo de lo antes dicho. Cuando un contrato determinado, por ejemplo de compraventa, contiene obligaciones divisibles entre varios deudores y varios acreedores, ¿puede uno solo de ellos solicitar la resolución del contrato o deben unirse para tal acción? Creemos que debido a que la resolución se dirige contra la vigencia de la relación obligatoria principal, la que une a todos los sujetos, no resulta posible plantear esta pretensión sin la participación de todos los sujetos del grupo perjudicado

(acreedores o deudores). Por lo anterior, queda claro que la independencia y autonomía planteadas por nuestro Código son bastante discutibles, y deben ser analizadas en cada caso.

DOCTRINA

BECERRA TORO, Rodrigo. Obligaciones Civiles. Fuentes y Formas. Editorial Temis, Bogota, 1987. BOFFI BOGGERO, Tratado de las Obligaciones. Tomo 3, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985. BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones. Octava Edición Actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1986. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Felix A. Compendio de las Obligaciones. Tomo 1, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1986. FERRERO COSTA, Raúl. Curso de las Obligaciones. 2ª Edición, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1988. GIORGI, Jorge. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Volumen I, Imprenta de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1909. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones. Centro de Estudios Universitarios Ramón Arece, Editorial Ceura, Madrid, 1983. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, RAFFO BENEGAS, Patricio, MASSOT, Rafael A. Manual de Derecho Civil-Obligaciones. Séptima Edición, Perrot, Buenos Aires, 1981. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis, Bogota, 1976. OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil Vol. XVI, Primera Parte-Tomos II y III, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1994. OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VI, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1988. PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Las Obligaciones en el Derecho Civil peruano. Tomo I, Tercera Edición, Editora y Distribuidora de Libros Huallaga E.I.R.L., Lima, 1990. PEIRANO FACIO, Jorge. Obligaciones divisibles e indivisibles del Código Civil. Monografías Jurídicas. Editorial Temis, Bogotá, 1983. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo Séptimo: Las Obligaciones (Segunda Parte). Printed by Cultural S.A. La Habana, 1946. VÉLEZ LONDOÑO, Hernán. Curso de Obligaciones. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1968. WAYAR, Ernesto C. Derecho Civil-Obligaciones I. Concepto, Naturaleza, Elementos, Efectos, Teoría del Incumplimiento. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Reforma del Código Civil peruano. Doctrina y Propuestas. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998.

Inoponibilidad del beneficio de la división

Artículo 1174.- ***El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación.***

Concordancias:
C.C. arts. 1172, 1173, 1887

MANUEL MURO ROJO

Como se sabe, las obligaciones divisibles se caracterizan porque el bien objeto de la prestación es susceptible de ser partido sin que se destruya o desnaturalice; y porque en los extremos de la obligación existen, en calidad de partes, varios acreedores o varios deudores, o varios de ambos a la vez. Estas circunstancias posibilitan que la prestación sea cumplida en forma fraccionada; sin embargo, la exigencia de su ejecución no puede extenderse más allá de lo que le corresponde a cada uno de los acreedores (cuando la divisibilidad es activa: varios acreedores y un solo deudor); ni extenderse más allá de lo que es debido por cada uno de los deudores (cuando la divisibilidad es pasiva: varios deudores y un solo acreedor).

Dichas reglas, que rigen también en caso de divisibilidad mixta (cuando son varios los acreedores y varios los deudores de la obligación), se hallan establecidas en el artículo 1172 del Código Civil y funcionan solo cuando la obligación no es solidaria. En tal sentido, si son varios los acreedores, cada uno de estos solo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde; y si son varios los deudores, cada uno de estos solo está obligado a pagar su parte de la deuda.

Lo regulado en el artículo citado da lugar al denominado beneficio de la división, en virtud del cual, por el lado activo, cualquiera de los coacreedores podría oponerse a que uno solo de ellos exija el total del crédito, pues esto no le corresponde y cualquier exigencia de la prestación debe limitarse a su parte; situación que es perfectamente contraria a la establecida para el caso de las obligaciones indivisibles, en las que cualquiera de los acreedores puede exigir la ejecución total de la obligación contraida con ese carácter (artículo 1176).

Lo propio ocurre por el lado pasivo, es decir que en mérito al beneficio de la división, cualquier codeudor puede oponerse a que se le exija cumplir con la totalidad de la prestación, dado que cada uno está obligado únicamente a cumplir con su parte. En este caso, habiéndose demandado judicialmente el cumplimiento total a un solo codeudor, la oposición de este –sustentada en el beneficio de la división– podrá formularse como defensa previa, conforme a lo preceptuado por los artículos 455 a 457 del Código Procesal Civil.

Así, pues, el beneficio de la división es oponible por cualquiera de los codeudores, considerando la naturaleza de la obligación divisible (además mancomunada). No obstante, el artículo 1174 del Código Civil, bajo comentario, regula tres casos en los cuales no se admite oponer el mencionado beneficio. Esta norma no registra antecedentes en los Códigos peruanos de 1852 y de 1936, y recoge las siguientes situaciones, todas ellas en el marco de una relación obligatoria con divisibilidad pasiva o mixta de la prestación:

1. Inoponibilidad por parte del heredero del deudor, encargado de cumplir la prestación

Este caso supone el fallecimiento de cualquiera de los codeudores (o inclusive de todos ellos), dejando varios herederos instituidos vía testamento o declarados por sucesión intestada. Asumiendo que, por lo general, las obligaciones son transmisibles (artículo 1218 C.C.), y que los herederos responden eventualmente por las deudas de la herencia (artículos 661 y 662 C.C.), se puede presentar la circunstancia de que alguna de las obligaciones que el causante dejó pendiente de pago sea una de prestación divisible.

La norma se pone, entonces, en la hipótesis poco común de que por testamento o por acuerdo entre coherederos, se haya designado a uno de estos en particular para hacerse cargo del cumplimiento de la referida obligación, a quien la ley niega la posibilidad de oponer el beneficio de la división. Implícitamente la norma reconoce la situación contraria, que es la más frecuente; es decir, que no haya heredero designado para el cumplimiento, en cuyo caso no regiría la prohibición de oponer el mencionado beneficio. Veamos ambos casos.

a) **Caso en que no hay heredero designado.-** En este caso sería de aplicación lo previsto por el artículo 871 del Código Civil. Así, producido el fallecimiento del codeudor de prestación divisible y antes de la partición de la masa hereditaria, el o los acreedores solo podrán exigir el pago (total) a la sucesión, puesto que sobre el patrimonio autónomo gravita la obligación de pagar las deudas del causante. Después de la partición y cesado el estado de indivisión, cada heredero responde solo por las deudas en proporción con su cuota hereditaria, de modo que el acreedor no puede exigir el total de la prestación a uno solo de los coherederos, habida cuenta que la obligación contraida por el causante con carácter divisible se transmite a los herederos en la misma condición, es decir, que continúa rigiendo el principio de la división; en caso contrario, si se exige el pago total a un solo coheredero, este no está impedido por el artículo 1174 de oponer el beneficio de la división; por el contrario está facultado para ello por el numeral 871 del Código Civil. En resumen, en este supuesto se ha producido la transmisión de la divisibilidad.

b) **Caso en que se ha designado heredero para el cumplimiento.-** Este caso, que es la primera hipótesis de inoponibilidad regulada por el artículo 1174, constituiría una excepción a la regla de la divisibilidad regulada en el artículo 871; pues, de no entenderse así, habría colisión entre los artículos citados. En tal sentido, fallecido el codeudor de prestación divisible, el o los acreedores pueden exigir el cumplimiento al coheredero designado para tal efecto, quien antes de la partición efectuará el pago con cargo a la masa hereditaria; y después de la partición lo hará con su patrimonio (hasta el límite de su cuota hereditaria), no pudiendo oponer el beneficio de la división para pretender cumplir solo con una parte de la obligación, pues ello significaría subdividir la parte de la prestación que le correspondía al causante o, lo que es lo mismo, dividir nuevamente la obligación. Está claro que el heredero designado lo ha sido para cumplir con toda la parte del codeudor fallecido, de manera que su sola designación rompe el principio de transmisión de la divisibilidad, no pudiendo limitarse al pago de una parte (que en realidad sería una subparte); sin perjuicio del derecho de repetición que tiene frente a los demás coherederos. En resumen, en este supuesto no se transmite la divisibilidad.

Con un ejemplo ilustramos el caso: "A", "B" y "C" son herederos de "X", que a su turno era codeudor junto con "Y" y "Z" de una obligación divisible por la suma de S/. 1,500.00 contraida a favor del acreedor común "W". Al fallecer "X" sus obligaciones deberían ser cumplidas (hasta el límite de ley) por los herederos "A", "B" y "C", sin embargo se ha designado a "B" para efectuar tal cumplimiento, que, en el ejemplo y considerando la divisibilidad de la obligación, supone el pago de S/. 500.00. De acuerdo al artículo 1174, "B" no puede oponer el beneficio de división y pretender el pago solo de S/. 166.66, aduciendo que es la parte que le corresponde, habida cuenta que son tres herederos. Tal posibilidad implicaría subdividir la prestación, lo cual está vedado por el artículo comentado.

Si bien la interpretación antes efectuada (esto es, considerar el primer supuesto del artículo 1174 como una excepción a la regla del artículo 871) permite eliminar la colisión entre ambas normas, tal solución no está exenta de crítica si consideramos que la situación se tornaría más gravosa para el heredero designado cuando el causante, en vida, o los propios coherederos, han sido más diligentes al haber efectuado tal designación, toda vez que se le impide al designado oponer el beneficio de la división. En cambio, cuando el causante o los coherederos no son diligentes y no designan a nadie para afrontar la obligación, estos últimos se benefician porque pueden protegerse por el principio de la divisibilidad.

Por otro lado, cabe preguntarse si la prohibición de la norma de oponer el beneficio de la división alcanza también a los legatarios, debido a que podría presentarse el caso, por ejemplo, que el codeudor fallecido hubiera instituido legatarios en legados con un cargo común (impuesto para todos) y que dicho cargo consista en el cumplimiento de pago de una deuda generada en una obligación divisible, debiendo hacer efectivo el pago —no obstante tratarse de un cargo común— uno solo de los legatarios por instrucción del codeudor fallecido. Considerando que la referencia de la norma es al "heredero designado", aquí cabría preguntarse si el "legatario designado" está autorizado para oponer el beneficio de la división y limitar el cumplimiento del cargo solo a su parte. A nuestro parecer no procede tal oponibilidad y el legatario designado debe responder por el todo, pues el principio que subyace en el primer supuesto del artículo 1174 es el de la imposibilidad de subdividir nuevamente la prestación.

Finalmente, cabría precisar que, conforme a lo expuesto, la inoponibilidad del beneficio de la división que regula el artículo 1174 del Código Civil, se refiere al heredero designado en sus relaciones con sus coherederos, por lo que debe entenderse que desde el punto de vista de la integridad de la obligación debida al acreedor, el heredero designado sí podría oponer el beneficio de la división si es que el acreedor pretendiera exigirle el pago del total de la deuda, cuando solo tiene derecho a hacerlo respecto de la parte que correspondía al causante (en tanto obligación de prestación divisible), pues lo contrario supondría convertir la obligación en indivisible y hacer responder al heredero designado por un valor mayor. En el ejemplo antes planteado, no sería exigible a "B" el pago de S/. 1,500.00, que es el monto total de la deuda, sino solo S/. 500.00 que es la parte a la que su causante "X" estaba obligado.

2. Inoponibilidad por quien se encuentre en posesión del bien debido

En principio, la forma de redacción de la norma permite interpretar que el sujeto a quien se refiere puede ser cualquiera de los codeudores o también alguno de sus herederos (vid. OSTERLING, Las Obligaciones, p. 84; OSTERLING y CASTILLO, Tratado ..., tomo III, p. 30). Evidentemente no se refiere a un tercero que eventualmente pudiera estar poseyendo

la cosa debida, ya que este no tiene obligación de entrega frente al acreedor y, por lo tanto, es impertinente discutir si respecto del tercero procede o no la oponibilidad del beneficio de la división. En todo caso, contra este procederían otro tipo de acciones.

Esta segunda hipótesis planteada por el artículo 1174 implica que el bien objeto de la prestación, siendo divisible, se encuentra en su integridad en posesión de uno de los codeudores o de uno de los herederos de estos. En este caso, la prohibición de oponer el beneficio de la división resulta plausible, habida cuenta que teniendo en su poder la integridad del bien divisible, el codeudor o, en su caso el heredero, son los únicos que podrían cumplir totalmente con la prestación, mientras que los demás codeudores o coherederos estarían imposibilitados de efectuar el cumplimiento, en la medida que no poseen ninguna parte del bien debido.

Osterling y Castillo (Tratado ..., p. 30) manifiestan que el codeudor que posee el bien íntegramente, lo posee parte en nombre propio y parte en nombre de sus codeudores. En esa línea, conceder al poseedor exclusivo del bien divisible, el derecho de oponer el beneficio de la división, sería facultarlo para retener la parte que posee en nombre ajeno, pues en mérito del referido beneficio solo estaría obligado a entregar la parte que posee en nombre propio. Esta situación perjudicaría al acreedor, que se vería obligado a intentar otras acciones para obtener la parte no entregada, razón por la cual la norma comentada establece la inoponibilidad antes mencionada.

3. Inoponibilidad por quien adquiere el bien que garantiza la obligación

Al igual que en el caso anterior, la manera como está redactada la norma permite colegir que el sujeto que eventualmente podría adquirir el bien que garantiza la obligación puede ser cualquiera de los codeudores o también alguno de sus herederos. Es obvio que la norma no alude a un tercero, por las mismas razones expresadas anteriormente.

En este punto discrepamos de la posición de Osterling y Castillo (Tratado ..., p. 31), quienes explican que el caso consiste en que el bien no sea uno que deba entregarse, sino que fuese dado en garantía del cumplimiento de una obligación principal propia o ajena. A nuestro modo de ver, la hipótesis se refiere más bien a la existencia de una obligación divisible a cargo de varios codeudores o de sus herederos, estando dicha obligación garantizada por prenda, hipoteca o anticresis constituida sobre un bien de los propios codeudores o de un tercero.

El hecho es que, si el bien que garantiza la obligación es adquirido por un codeudor o por un heredero, este o aquel no pueden oponer el beneficio de la división ni aun en caso de ejecución de la garantía, ni pretender responder con el bien ejecutado solo por la parte de la deuda a que están obligados. Desde luego, se sabe que la obligación está garantizada por el bien en su integridad, de modo que ese carácter no se altera aun cuando la propiedad del bien se consolide en uno solo de los obligados, quien, como se dijo, no puede oponer el beneficio de la división.

Con un ejemplo ilustramos el caso: "A", "B" y "C" son codeudores de una obligación divisible por la suma de S/. 1,500.00 contraida a favor del acreedor común "X". Dicha obligación está garantizada por una hipoteca constituida sobre un inmueble de propiedad de "Y". Si el acreedor "X" exige a cualquiera de los codeudores, supongamos a "B", el pago del total de la obligación, es claro que este puede oponer el beneficio de la división para cumplir solo con su parte; sin embargo, "B" pierde este derecho si "Y" le vende el bien, o sea si adquiere la propiedad del bien que garantiza la obligación (tal como lo dispone la parte final del artículo

1174). En tal eventualidad el bien continúa garantizando la obligación, pero "B" no puede oponer el beneficio de la división, debido a que al haber adquirido el bien que sirve de garantía ha mejorado su posición económica con respecto a los demás codeudores, de modo que si es requerido por el acreedor debe responder por el todo, sin perjuicio del derecho de repetición.

DOCTRINA

BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo 3, 1°. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985; BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986; GIORGI, Jorge. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Vol. I. Imprenta de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1909; HERNANDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones. Centro de Estudios Universitarios Ramón Arece, Editorial Ceura, Madrid, 1983; OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1976; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; PEIRANO FACIO, Jorge. Obligaciones Divisibles e Indivisibles del Código Civil. Monografías Jurídicas. Editorial Temis, Bogotá, 1983.

Concepto de obligación indivisible

Artículo 1175.- ***La obligación es indivisible cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse.***

Concordancias:
C.C. arts. 1310, 1348, 1886; LEY 26887 art. 89

CARLOS FLORES ALFARO

Continuando con el análisis de las modalidades de las obligaciones en atención a los sujetos vinculados, corresponde ahora comentar el concepto de indivisibilidad propuesto por el presente artículo, para lo cual repararemos más en su contenido que en su descripción.

Como en las obligaciones divisibles, la presente definición no tendría sentido si la analizamos en el marco de una relación obligacional entre un solo deudor y un solo acreedor, ya que si así fuera la obligación siempre tendría que cumplirse de manera indivisible, y perdería todo interés buscar respuestas legales sobre la complejidad de sus aspectos activo y pasivo (OSPINA).

Conviene precisar que las obligaciones pueden ser divisibles o indivisibles, mas su cumplimiento deberá ser siempre indivisible (principio de integridad), conforme con lo dispuesto en el artículo 1221 del Código Civil, de modo que estas categorías solo son dominantes en el análisis legal cuando se trata de conocer sus efectos en el marco de la concurrencia de una pluralidad de sujetos (HERNÁNDEZ GIL).

Entrando en materia, este artículo define el concepto legal de la obligación indivisible para nuestro sistema jurídico de dos maneras, cuando no es *susceptible de división*, y cuando no se puede *cumplir* de forma parcial. En el primer caso, la definición responde a la naturaleza de la prestación; en el segundo, a la ley o al acuerdo entre las partes. A continuación, desarrollaremos nuestra percepción, que además es compartida por los doctores Osterling y Castillo.

Antes, conviene citar la advertencia de Vélez Londoño:

> "No obstante la violenta controversia suscitada por la doctrina en torno a la naturaleza y modalidades de la obligación indivisible, parece inclinarse por sostener que ella puede provenir no solo de la naturaleza de la prestación sino del acuerdo de las partes al respecto. De aquí surge entonces la indivisibilidad natural u objetiva y la subjetiva o convencional".

Cuando nuestra norma utiliza el término *susceptible de ser dividido,* se está refiriendo al objeto de la obligación, verbigracia, las tan mencionadas "cosas ciertas" que utiliza la doctrina para proponer ejemplos de este tipo de obligaciones, serán esencialmente bienes de imposible división material, la entrega del caballo "Pegaso", el otorgamiento de una escritura de compraventa, la obligación de no decir la fórmula secreta de alguna determinada comida, etc. Cabe precisar que cuando aludimos a la imposibilidad material de dividir el objeto, estamos excluyendo la posibilidad de la llamada división intelectual que tanto influyó en el Código francés y en muchos de sus seguidores, porque entonces tendríamos que considerar que nada es realmente indivisible (BORDA).

Como sabemos, las prestaciones, objeto de las obligaciones, son conductas destinadas a satisfacer un interés; el objeto material de dicha conducta puede ser un bien, una acción positiva o una acción negativa. La característica señalada recae sobre este objeto.

Dumoulin llamó a este tipo de indivisibilidad *individuitas necessaria,* Pothier, por su parte, la llamó "indivisibilidad absoluta", y es reconocida por la mayoría de sistemas legales de origen romano-germánico, como el argentino, donde Cazeaux y Trigo Represas nos dicen que "hay, pues, en nuestro sistema legal dos clases de indivisibilidad: la natural y la convencional". Borda es más radical cuando expresa "a nuestro juicio, la divisibilidad o indivisibilidad en nuestro Código se funda exclusivamente en la naturaleza de la prestación".

La segunda definición de las obligaciones indivisibles atiende a la forma del cumplimiento. Bien decía Cazeaux y Trigo Represas, siguiendo a Busso:

> "Toda la construcción legal sobre esta materia (divisibilidad e indivisibilidad), está dominada por una idea de finalidad: 'las obligaciones deben cumplirse, con o sin fraccionamiento, según cual haya sido la intención de las partes al contratarlas y en virtud de ello se las reputará divisibles e indivisibles'. 'Así entendida, la teoría de la indivisibilidad entronca con las teorías fundamentales del derecho, que se basa en la idea de fin".

En esta definición, entonces, prevalece la intención de las partes o la voluntad del legislador para establecer cuándo la obligación no puede ser cumplida de manera parcial. Por supuesto, es justo recordar que si el objeto de la obligación es de naturaleza indivisible, ni la ley ni las partes podrían decir lo contrario, en cambio sí es posible que ante un objeto de naturaleza divisible, la ley y las partes puedan disponer en contra.

Se atiende así a la intención de cumplimiento de las partes, una "indivisibilidad funcional", como apunta Llambías que, además con absoluta razón, nos dice:

> "La indivisibilidad voluntaria, en cambio, *no afecta* la estructura del vínculo, sino *define la actitud del objeto debido* para desinteresar útilmente al acreedor respectivo: si media esa calificación convencional, habrá que entender que solo la satisfacción por entero tiene esa aptitud cancelatoria".

Ejemplos propios de esta definición, en los tres tipos de prestaciones reconocidas por nuestro Código, son la cancelación de una deuda a cargo de varios deudores de manera conjunta y en un solo acto, la contraprestación a cargo de varios deudores en el marco de un contrato de prestaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, la realización de un concierto de trío, o la obligación de confidencialidad que recae en un grupo determinado de funcionarios de confianza. En la práctica, la mayoría de las prestaciones de hacer y no hacer se pactan de cumplimiento indivisible, por lo que en estos casos, debemos insistir, la indivisibilidad se vuelve el principio y la divisibilidad la excepción.

Finalmente, conviene advertir que la indivisibilidad puede provenir de la voluntad expresa o tácita de las partes, siendo esta última modalidad entendida en las circunstancias de la obligación, por lo que en caso de duda corresponderá al juez interpretar el contrato (OSPINA).

Nos preguntamos: ¿una obligación puede estar impedida de cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación? o ¿puede ser susceptible de indivisión por la voluntad de las partes? Proponemos una respuesta afirmativa a la primera pregunta y negativa a la segunda.

Si consideramos que el objeto de la prestación es de naturaleza indivisible, en la mayoría de los casos esta característica le alcanza hasta el momento del cumplimiento; por ejemplo, cuando se trata de una pintura famosa, su entrega al acreedor no puede cumplirse de manera parcial, porque el objeto es indivisible.

En cambio, un objeto de naturaleza divisible, como el pago de una suma de dinero, no puede ser convertido en indivisible por acuerdo de las partes, las cuales solo podrán considerarlo como tal en el momento del cumplimiento.

¿En qué se diferencian de las obligaciones solidarias?

Boffi Boggero nos ilustra:

> "Como acontece en el mundo de la Naturaleza, en que muchas veces hay exterioridades idénticas de fenómenos esencialmente diferentes, también en el mundo cultural del derecho hay instituciones que ofrecen el mismo síntoma, pero que encierran diferencias fundamentales. Tal acontece con la indivisibilidad y la solidaridad".

Como hemos visto, la indivisibilidad surge principalmente, aunque no únicamente, por la naturaleza de la prestación tanto en su conformación como en su cumplimiento, al verificarse esta calidad natural las partes contratantes con sujeto plural no podrán hacer otra cosa que reconocer esta naturaleza en el título de la obligación, sea expresa o tácitamente. Lo dicho nos ofrece la primera y la más importante de las diferencias con la solidaridad, ya que a esta última no le interesa en absoluto la naturaleza indivisible de la prestación, determinándose solo por la voluntad de la partes o la ley. Palacio Pimentel describe esta diferencia identificando a la indivisibilidad con una calidad real y a la solidaridad con una calidad personal.

Las demás diferencias derivan de la anterior, como aquella posibilidad de ser transmitida por herencia, que la ley otorga a la indivisibilidad y niega a la solidaridad, así como cuando se entiende que ningún acreedor o deudor puede renunciar a la indivisibilidad de la prestación, lo que sí es permitido en el acuerdo de solidaridad.

Asimismo, en el caso de la indivisibilidad, la ley se pronuncia sobre el derecho de los acreedores de exigir a cualquiera de los deudores el cumplimiento de la obligación, y de estos últimos a pagar a un solo acreedor, siempre que se garantice el derecho de los demás. Por su parte, en la solidaridad el pago a un solo acreedor extingue la obligación, porque bajo este régimen cada acreedor es titular del íntegro de la misma.

Otros efectos secundarios expresamente señalados en el Código, que diferencian a la indivisibilidad de la solidaridad, son aquellos derivados de la novación, compensación o transacción, ya que en la primera los acreedores que no intervinieron en la operación pueden exigir la prestación a los codeudores, reembolsando el valor de la parte que correspondió al acreedor que realizó el referido contrato, o garantizando el reembolso; en cambio en la segunda, los acreedores restantes solo pueden exigir la parte de la prestación correspondiente a los codeudores que no intervinieron en el negocio jurídico.

La condonación pactada entre un acreedor y un deudor solidarios extingue la obligación, lo que no sucede si se trata solo de una obligación indivisible, en la que se resuelve la situación de la manera mencionada en el párrafo anterior.

Como se observa, son muchas las diferencias entre ambas modalidades de obligaciones plurales y todas ellas sustentadas en su propia naturaleza jurídica.

DOCTRINA

BECERRA TORO, Rodrigo. Obligaciones Civiles. Fuentes y Formas. Editorial Temis, Bogota, 1987. BOFFI BOGGERO, Tratado de las Obligaciones. Tomo 3, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985. BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones. Octava Edición Actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1986. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Felix A. Compendio de las Obligaciones. Tomo 1, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1986. FERRERO COSTA, Raúl. Curso de las Obligaciones. 2ª Edición, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1988. GIORGI, Jorge. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Volumen I, Imprenta de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1909. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones. Centro de Estudios Universitarios Ramón Arece, Editorial Ceura, Madrid, 1983. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, RAFFO BENEGAS, Patricio, MASSOT, Rafael A. Manual de Derecho Civil-Obligaciones. Séptima Edición, Perrot, Buenos Aires, 1981. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1976. OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil Vol. XVI, Primera Parte-Tomos II y III, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1994. OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VI, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1988. PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Las Obligaciones en el Derecho Civil peruano. Tomo I, Tercera Edición, Editora y Distribuidora de Libros Hualaga E.I.R.L., Lima, 1990. PEIRANO FACIO, Jorge. Obligaciones divisibles e indivisibles del Código Civil. Monografías Jurídicas. Editorial Temis, Bogotá, 1983. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo Séptimo: Las Obligaciones (Segunda Parte). Printed by Cultural S.A. La Habana, 1946. VÉLEZ LONDOÑO, Hernán. Curso de Obligaciones. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1968. WAYAR, Ernesto C. Derecho Civil-Obligaciones I. Concepto, Naturaleza, Elementos, Efectos, Teoría del Incumplimiento. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Reforma del Código Civil peruano. Doctrina y Propuestas. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

La obligación indivisible se ejecuta de manera unitaria

La obligación indivisible es aquella que no permite un fraccionamiento, por lo que la obligación ha de cumplirse en su totalidad, como un todo, de manera unitaria ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 50).***

Indivisibilidad de la hipoteca

La indivisibilidad de la hipoteca se encuentra regulado en el artículo 1102 del Código Civil, que señala que "la hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados", de donde aflora su carácter intangible mientras subsista la obligación ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 40).***

CORTE SUPREMA

La obligación indivisible no es igual a la obligación solidaria

(A)l haberse denunciado la inaplicación de las normas que regulan la naturaleza de las obligaciones indivisibles y, que según señala la parte recurrente conllevan a la obligación solidaria, corresponde diferenciar que ambas obligaciones son distintas y una no conlleva necesariamente a la otra, pues las obligaciones indivisibles son aquellas que en su prestación no son susceptibles de división o de cumplimiento parcial ya sea por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse, por lo que no pueden ser cumplidas parcialmente, por lo que al estar relacionada con la forma de prestación de las obligaciones incide directamente con la naturaleza de las cosas, a diferencia de las obligaciones solidarias que están referidas a la manera como se vinculan las partes, en donde por convenio expreso o por disposición legal, la parte acreedora está en la posibilidad de exigir de forma total la prestación a cualquiera de los deudores ***(Cas. N° 4528-2007-Callao).***

Derechos del acreedor de obligación indivisa

Artículo 1176.- *Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. El deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si este garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación.*

Concordancias:
C.C. arts. 1186, 1189

LUCERO CELESTE RAMÍREZ IZAGUIRRE

Se sostiene que "el criterio general para diferenciar conceptualmente las obligaciones divisibles de las indivisibles es el de comprobar si un cumplimiento o ejecución fraccionado de la prestación satisface el interés del acreedor (...). Para ello es necesario que la ejecución de la prestación (...) pueda fragmentarse en partes que, sumadas sean adecuadas para satisfacer objetivamente el interés del acreedor"[1]. Así, según lo dispuesto en el artículo 1175, a efectos de determinar cuándo nos hallamos ante una obligación indivisible, se deberá observar si esta no es susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse.

De esta manera si, por ejemplo, la prestación acordada refiere únicamente al pago de una suma de dinero en una fecha determinada, entonces, el interés del acreedor será únicamente que el deudor le pague íntegramente dicha suma en la fecha que se pactó, indistintamente de si el monto a otorgarse se fraccione en billetes o monedas (valor nominal), con lo cual si bien la obligación ha sido dividida, se ha conservado el valor económico, cumpliéndose así la prestación, situación que no ocurre si la obligación consiste en la entrega de un electrodoméstico (refrigerador), puesto que no puede otorgarse este de forma fraccionada.

En lo que atañe a su clasificación, la indivisibilidad puede ser activa, que ocurre cuando "dos o más acreedores (...) tienen derecho a recibir el todo de la prestación y un solo deudor"[2], lo que acontece, por ejemplo, si Juan suscribe un contrato de compraventa de un bien inmueble a favor de Ricardo y María, teniendo estos últimos el derecho de que les sea entregado el bien en la fecha pactada; de otro lado, nos encontramos ante una indivisibilidad pasiva "cuando hay dos o más deudores que deben cumplir con la entrega total del objeto al acreedor (...). Cada deudor debe pagar el todo del objeto, y ello resulta obvio, pues al ser este unitario, no se concibe de otra forma su cumplimiento, mas no porque se haya pactado solidaridad"[3], siendo entonces su naturaleza la de una obligación indivisible y a su vez mancomunada.

En ese sentido, la indivisibilidad de la obligación implica la imposibilidad del cumplimiento en partes de la misma por cualquiera de los sujetos deudores, lo que obedece a la naturaleza de la prestación, o el modo pactado por las partes o la voluntad del legislador. Esta premisa, que se recoge en el artículo 1175 del Código Civil, plasma el principio de integridad en el cumplimiento de las obligaciones regulada en el artículo 1221 del Código Civil, que

(1) ÁLVAREZ OLALLA, Pilar; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo; COLÁS ESCANDÓN, Ana; GARROTE FERNÁNDEZ, Ignacio; GONZÁLES GOZALO, Alfonso; PEÑA LÓPEZ, Fernando; QUICIOS MOLINA, Susana y REGLERO CAMPOS, Fernando. *Manual de Derecho Civil.* Tercera edición, Bercal, Madrid, 2011, p. 28.

(2) GUTIÉRREZ Y GONZÁLES, Ernesto. *Derecho de las obligaciones.* Porrúa, México, 1990, p. 809.

(3) Ibídem, p. 810.

dispone que: "No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen. Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda".

Con razón se sostiene que la indivisibilidad torna "impracticable cumplimientos parciales, (...) por ello, en caso de varios sujetos activos o pasivos del vínculo no ligados por solidaridad (...) se plantea la *quaestio* de la exigibilidad en concreto de la prestación, que no puede, como quiera que sea, descomponerse"(4).

La norma bajo análisis recoge precisamente la exigibilidad del cumplimiento de la obligación indivisible en la que existe una pluralidad de acreedores y deudores, donde cualquiera (no necesariamente todos) de los primeros pueden accionar la ejecución integral de la obligación contra cualquiera de los deudores. Sobre el particular, Planiol y Ripert mencionan que el "acreedor tiene el derecho de dirigirse simultáneamente contra todos los deudores pero frecuentemente se limita a requerir a uno solo de ellos. El que ha sido demandado tiene una excepción dilatoria para hacer que los demás sean incluidos en el pleito"(5).

Piénsese, por ejemplo, en el caso en el que Mauricio y Esther, en su calidad de deudores, deban entregar a Danilo y Fernando una mesa de estilo italiano; en este escenario puede Danilo exigir el cumplimiento de la prestación a Mauricio, quien estará obligado a entregar dicho bien. La pregunta que puede surgir del caso planteado entonces es ¿si habiendo Mauricio (codeudor) cumplido la obligación a favor de Danilo (coacreedor), puede (efectivamente) Fernando (coacreedor) exigir (válidamente) la misma obligación a Esther (codeudora)? La respuesta dependerá de cómo Mauricio haya cumplido la obligación.

Si bien el pago tiene como consecuencia la extinción de la obligación y la liberación del deudor, para dar solución a la interrogante formulada, debemos remitirnos al segundo párrafo del artículo 1176. Nos explicamos, según el legislador, la forma de liberación de la prestación es específica: el haber pagado conjuntamente a todos los acreedores o, en su caso, a alguno de ellos siempre que este haya garantizado a los demás coacreedores el reembolso de la parte que les correspondiese de la obligación, configurándose así respecto del codeudor que cumplió con el pago la figura de la subrogación legal, supuesto que se halla recogido en el artículo 1260 del Código Civil; no obstante, si el codeudor cumplió con la obligación hacia uno de los coacreedores y este último no garantizó el reembolso, se podría configurar un caso de incumplimiento de la obligación, puesto que es posible que los coacreedores soliciten el cumplimiento de una prestación supuestamente no satisfecha. Por tal motivo, es importante que "cuando una obligación indivisible es mancomunada, si algún acreedor pretende, sin la intervención de sus demás coacreedores, cobrar la deuda, la ley prevé, para resguardar los intereses de los otros coacreedores, que el deudor exija al acreedor que recibe el pago una garantía en el sentido de que va a cumplir, en las relaciones internas con sus otros acreedores"(6).

(4) DALLA, Danillo y LAMBERTINI, Renzo. "Tipología de las obligaciones según el derecho romano". En: LEÓN L., Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias: Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Primera edición, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 182.

(5) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Traducción española de Mario Díaz Cruz. Tomo Sétimo. Las Obligaciones (segunda parte), Cultural, La Habana, 1946, p. 417.

(6) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de Derecho de las obligaciones*. Volumen II, segunda edición, ECB Editores. Lima, 2014, p. 451.

Es necesario traer a colación que el artículo 1176 del Código Civil "se aparta del artículo 1319 del Código Civil italiano que, desnaturalizando la institución, permite a cualquiera de los acreedores cobrar la deuda, sin otorgar garantía a favor de los demás. Solo exige este requisito, sin aparente justificación, para el heredero del acreedor, respecto a sus coherederos. El artículo 1176 también se aparta del artículo 538 del Código portugués, que determina que el pago puede efectuarse al coacreedor que lo exija judicialmente"(7).

De otro lado, tenemos que las obligaciones indivisibles se envuelven en dos principios como lo son el de propagación y el de prevención. Según Alterini, el primero refiere que "los hechos ocurridos entre uno de los acreedores y uno de los codeudores, referidos con el cumplimiento de la prestación debida, producen efectos entre ellos y, por extensión, respecto de los demás coacreedores y codeudores. El pago efectuado por uno de los deudores propaga sus efectos, cancelando la obligación para todos los demás"(8); con relación al segundo principio, se tiene que "el coacreedor que demanda el pago de la deuda a uno de los codeudores tiene derecho de que el pago le sea hecho a él; a su vez el demandado es quien debe pagar la deuda, y solo puede hacerlo en manos del acreedor que previno"(9). Osterling y Castillo advierten que nuestro Código Civil "no ha recogido el denominado principio de prevención, según el cual si un acreedor hubiese planteado previamente una demanda contra quien efectúa el pago a otro acreedor que no ha demandado o que ha demandado después sería inválido"(10).

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos civiles-comerciales-de consumo: teoría general. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999. ÁLVAREZ OLALLA, Pilar; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo; COLÁS ESCANDÓN, Ana; GARROTE FERNÁNDEZ, Ignacio; GONZÁLES GOZALO, Alfonso; PEÑA LÓPEZ, Fernando; QUICIOS MOLINA, Susana y REGLERO CAMPOS, Fernando. Manual de Derecho Civil, Tercera edición, Bercal, Madrid, 2011. DALLA, Danillo y LAMBERTINI, Renzo. "Tipología de las obligaciones según el derecho romano". En: LEÓN L., Leysser. Derecho de las relaciones obligatorias: Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios. Jurista editores, Lima, 2007. GUTIÉRREZ Y GONZÁLES, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial Porrúa, México, 1990. OSTERLING PARODI, Felipe y Mario, CASTILLO FREYRE. Tratado de Derecho de las Obligaciones, Volumen II (artículos 1172-1233), segunda edición, ECB Editores, Lima, 2014. OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones, Octava edición, Editorial Grijley, Lima, 2007. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Traducción española de Mario Díaz Cruz. Tomo Sétimo - Las obligaciones (segunda parte), Cultural, La Habana, 1946.

(7) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones*. Octava edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 98.
(8) ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos civiles-comerciales-de consumo: teoría general*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 583.
(9) Ídem.
(10) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 445.

Efectos de la indivisibilidad

Artículo 1177.- ***La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor.***

Concordancias:
C.C. arts. 1174, 1176, 1187, 1348

LUCERO CELESTE RAMÍREZ IZAGUIRRE

Cuando una persona fallece, se transmiten los bienes, derechos y obligaciones a sus sucesores, debiendo entonces el heredero responder por las deudas y cargas de la herencia solo hasta donde alcancen los bienes de esta. Lo antes señalado se desprende de los textos normativos regulados en los artículos 660 y 661 del Código Civil. Al respecto, cabe realizar una precisión sobre el sentido de la norma, "los sucesores no reciben bienes (...) u obligaciones singulares, sino que se colocan en la posición jurídica de su causante respecto del conjunto patrimonial de este (salvo en aquello que por naturaleza sea transmisible)"(1), siendo incluso factible jurídicamente formular la renuncia a la herencia, por cuanto "no existe heredero a la fuerza (el heredero lo es porque quiere serlo mas no porque le obliguen a serlo)"(2).

Partiendo de dicha premisa, tenemos que la norma objeto de análisis abarca el Derecho Sucesorio conjuntamente con el Derecho de las Obligaciones, particularmente, regula dos supuestos respecto de los herederos, esto es, el pago o cobro ya sea en calidad de acreedores o deudores. En efecto, como afirma Osterling: "La naturaleza de la prestación o el pacto, y en algunos casos la ley, exigen que cada uno de los herederos del deudor o de los herederos de los codeudores respondan por el íntegro de la obligación; y, a su vez, que cada uno de los herederos del acreedor o de los herederos de los acreedores tengan derecho al íntegro de la prestación indivisible. La norma responde a una diferencia esencial entre la indivisibilidad y la solidaridad: la primera se transmite a los herederos; la segunda, no"(3).

En ese sentido, si una persona teniendo a su favor una acreencia de una obligación indivisible fallece, sus sucesores en calidad de herederos, por efectos de la transmisión, entre otros, de derechos, ahora tienen a su favor dicha acreencia, por lo que de forma conjunta o individual, estos se encuentran facultados para exigir el cumplimiento de la obligación al deudor (o deudores, en su caso).

Del mismo modo, en caso el fallecido hubiese sido deudor de una obligación indivisible, por efecto de la transmisión de las obligaciones, son los hijos (cualquiera de ellos o de forma conjunta) de este quienes se encuentran obligados (en caso de que acepten la masa hereditaria) a cumplir con el pago íntegro, ello observando lo dispuesto en el artículo 1176 del Código Civil.

Siendo así, se tiene que los sucesores no pueden negarse al cumplimiento de la prestación alegando que al ser varios los sujetos que integran la sucesión, entonces la obligación debiera tornarse divisible, debiendo el acreedor o acreedores –por voluntad unilateral de los

(1) LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo. "Responsabilidad patrimonial del heredero". En: *Themis*, 1994, p. 37.
(2) AGUILAR LLANOS, Benjamín. "Representación sucesoria". En: *Foro Jurídico* N° 06, 2006, p. 47.
(3) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones*. Octava edición, Grijley, Lima, 2007, p. 99.

sucesores– dirigirse a cada uno de estos requiriendo el cumplimiento de la prestación; ello sin lugar a dudas quebranta la naturaleza de la obligación.

DOCTRINA

AGUILAR LLANOS, Benjamín. "Representación Sucesoria". En: Foro Jurídico N° 6, 2006. LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo. "Responsabilidad Patrimonial del Heredero". En: Themis, 1994. OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones. Octava edición, Grijley, Lima, 2007.

Consolidación entre acreedor y uno de los deudores

Artículo 1178.- *La consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, solo puede exigir la prestación reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso.*

Concordancias:
C.C. arts. 1191, 1300, 1301; C.P.C. art. 321 inc 7)

Lucero Celeste Ramírez Izaguirre

En una relación jurídica se requiere "la presencia de dos sujetos, (...), de dos personas diferentes ('dos centros de imputación subjetiva'): la intersubjetividad es el rasgo fundamental del fenómeno jurídico"(1). Bajo dicha premisa, en una relación jurídica obligatoria deben existir un acreedor y un deudor, con lo cual el deudor, en su calidad de sujeto pasivo, deberá desplegar determinada conducta a fin de cumplir íntegramente la prestación a su cargo a favor del acreedor como sujeto activo; pero ¿qué ocurre cuando tanto el acreedor como el deudor se confunden en una misma persona? En estos casos, no se extingue la obligación, sino que, dado que el deudor es a su vez acreedor de determinada prestación, lo que acontece es una consecuencia lógico-jurídica natural, esto es, que no puede reputarse como deudor a quien tiene también una acreencia a su favor que determina la imposibilidad de ser acreedor y deudor consigo mismo.

Con base en lo antes explicado, nos encontramos ante un supuesto distinto a la compensación que extingue obligaciones (recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas) hasta donde alcancen según correspondan (artículo 1288 del Código Civil), ergo, no "supone la existencia de dos créditos distintos, así como la concurrencia de dos personas desempeñando los papeles de sujeto activo y pasivo respectivamente"(2).

Ahora bien, existe controversia respecto a si tal figura constituye un medio de extinción de las obligaciones "o si se trata nada más de una situación de hecho que paraliza la posibilidad de ejercer las acciones"(3). Para Borda, atendiendo a que "si la confusión cesa por un acontecimiento posterior que vuelva a separar la calidad de acreedor y deudor, la obligación primitiva revive con todos sus accesorios (...). Parece, pues más bien una paralización de la acción que un medio de extinción propiamente dicho"(4).

En nuestro sistema jurídico se le denomina consolidación y como corresponde al sentido de la figura jurídica, no constituye un modo de extinguir la obligación, sino que propiamente se torna un imposible fáctico y jurídico de cumplir el ser a su vez deudor de uno mismo. Con razón, se asevera que "existe la imposibilidad de cumplirla al reunirse en la misma persona las cualidades de acreedor y de deudor"(5).

---

(1) HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes.* Tomo I, 3ª edición, Cordillera, 2007, Lima, p. 767.
(2) ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil mexicano - Obligaciones.* Volumen II, tomo quinto, Porrúa, México, 1998, p. 648.
(3) BORDA, Guillermo. *Manual de obligaciones.* 6ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1972, pp. 391-392.
(4) Ibídem, p. 392.
(5) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones.* 8ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 99.

Asimismo, conforme a la lectura del artículo 1301 del Código Civil[6], si la consolidación cesa, se restablece la separación de las calidades de sujeto acreedor y sujeto deudor reunidas en la misma persona y, como consecuencia, la obligación extinguida renace con todos sus accesorios, sin perjuicio del derecho de tercero. Al respecto, resulta necesario citar a Rico y Garza, quienes comentando el artículo 2206 del Código Civil para el Distrito Federal de México[7], que de forma similar regula el mismo supuesto, sostienen que "la confusión requiere que la reunión de cualidades sea definitiva, por lo que carece de sentido que la ley disponga que la confusión cese"[8] y agregan al amparo del artículo 2208 del referido Código[9] que el único supuesto de "confusión transitoria es la del heredero antes de que se haga la partición"[10].

La consolidación o confusión como tal "puede ocurrir cuando el deudor adquiere *inter vivos* o *mortis causa* la titularidad del crédito o, al revés, cuando es el acreedor quien sucede al deudor"[11]. Así, un ejemplo del primero sería "una empresa azulejera que compra una red de tiendas con las que mantenía relaciones comerciales desde hace años y que le adeudaba varios envíos de mercancía"[12]; otro caso se desprende del artículo 1903 del Código Civil, que establece que se produce la consolidación del deudor con el fiador, mas no se extingue la obligación del subfiador o *mortis causa* cuando "el usufructuario que por herencia se constituye en dueño del bien que estuvo usufructuando, llevan a desaparecer este último derecho sustituyéndolo, esto es, la propiedad reemplaza al usufructo"[13]. Prueba de esto último es el numeral 3 del artículo 1021 del Código Civil, que dispone que el usufructo se extingue por consolidación e incluso la hipoteca puede acabarse por consolidación, según lo establecido en el artículo 1122 numeral 5 del Código Civil.

¿Qué ocurre entonces si la consolidación solo opera respecto de uno de los codeudores? La respuesta nos la brinda precisamente el artículo 1178 del Código Civil, en el que se desarrolla que la consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores, puesto que no puede hacerse valer de dicha figura quien no ostenta una acreencia a su favor.

Cabe agregar que el legislador ha dispuesto que el acreedor (vía consolidación) solo puede exigir la prestación si reembolsa a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación o garantizándolo, a fin de que no se cause perjuicio alguno. Para un mejor

(6) "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".

(7) Según acuerdo general del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, se cambia la denominación de Distrito Federal por Ciudad de México en todo su cuerpo normativo:
"Artículo Único. En todos los Acuerdos Generales y normativa expedidos por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal en los que se haga referencia al Distrito Federal se deberá entender como hecha a la Ciudad de México".
"Artículo 2206.- La obligación se extingue por confusión cuando las cualidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. La obligación renace si la confusión cesa".

(8) RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio. *Teoría general de las obligaciones*. Segunda edición, Porrúa, México, 2006, p. 554.

(9) "Artículo 2208.- Mientras se hace la partición de una herencia, no hay confusión, cuando el deudor hereda al acreedor o este a aquel".

(10) Ídem.

(11) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1992, p. 275.

(12) ARNAU MOYA, Federico. *Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos*, Publicaciones de la Universitat Jaume, 2008-2009, p. 58.

(13) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil: análisis artículo por artículo*. Tomo II, Quinta edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 20.

esclarecimiento, nos permitimos formular el siguiente caso: Mauricio Morales, Rolando Cueto y su cónyuge Esther García deben entregar a Miguel Morales un bien inmueble valorizado en S/ 350,000.00 (trescientos cincuenta mil con 00/100 soles); empero, Miguel, quien además es padre de Mauricio (hijo único) y tío de Rolando, fallece por causas naturales, por lo que ahora quien era codeudor es acreedor de la prestación indivisible, siendo el efecto natural la consolidación de acreedor-deudor en un mismo sujeto, por lo que a fin de valerse Mauricio de la consolidación, deberá garantizar el cumplimiento íntegro de la obligación, aunque en las relaciones internas Mauricio esté obligado por la suma que le corresponde, que en este caso asciende a S/ 175,000.00. En caso de que el heredero fuese acreedor del causante, corresponde remitirnos al artículo 880 del Código Civil, que señala que en caso de ser heredero o legatario acreedor del causante, este conserva los derechos derivados de su crédito, sin perjuicio de la consolidación que pudiera operar.

Es importante considerar que el numeral 7 del artículo 321 del Código Procesal Civil regula el supuesto de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo cuando sobreviene la consolidación en los derechos de los litigantes, lo cual podría acontecer –a modo de ejemplo– cuando *Primus* en su calidad de propietario-arrendador interpone una demanda de desalojo contra *Secundus* en su calidad de arrendatario, pero en el marco del proceso judicial, *Secundus* adquiere la propiedad (objeto de controversia) del demandante, por lo que al producirse la consolidación, el proceso concluye, ello también a la luz del artículo 586 del Código Procesal Civil, que dispone la legitimidad para interponer la demanda al propietario, arrendador, entre otros, teniendo ahora dicha posición quien fue inicialmente demandado en el proceso sumarísimo.

DOCTRINA

ARNAU MOYA, Federico. Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos. Publicaciones de la Universitat Jaume, 2008-2009. BORDA, Guillermo. Manual de obligaciones. Sexta edición, Perrot, Buenos Aires, 1972. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen II, Sexta edición, Tecnos, Madrid, 1992. HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones: concepto, estructura, vicisitudes, Tomo I, Tercera edición, Cordillera, Lima, 2007. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil: Análisis artículo por artículo, tomo II, Quinta edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2015. OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones. Grijley, Octava edición, Lima, 2007. RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio. Teoría General de las Obligaciones. Segunda edición, Porrúa, México, 2006. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano - Obligaciones, Porrúa, Volumen II, tomo quinto, México, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Existe duplicidad de situaciones jurídicas en la consolidación

La doble condición jurídica del "coheredero acreedor" se encuentra reconocida en el artículo ochocientos ochenta del Código Civil, en la que se señala que este conserva los derechos derivados de su crédito, por tanto, será "(...) heredero con derecho a una parte alícuota de la herencia, asumiendo igualmente obligaciones proporcionales a su cuota y también la de acreedor de la obligación (...)". Esa condición de coheredero que le obliga a responder por las deudas de la sucesión da lugar a una situación particular en la que se convierte –aunque parcialmente– en deudor de su propia acreencia; ante esta situación, la parte última del artículo en comentario admite la posibilidad de que pueda operar la consolidación en virtud del cual se extingue parcialmente el crédito de dicho heredero hasta donde alcance su obligación, que es proporcional a su cuota, debiendo reclamar el saldo de su crédito a sus demás coherederos" (Cas. N° 608-2004-Lima).

Novación entre deudor y uno de los acreedores

Artículo 1179.- ***La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.***

La misma regla se aplica en los casos de compensación, condonación, consolidación y transacción.

Concordancias:
C.C. arts. 1277 y ss., 1288, 1295, 1300, 1302; C.P.C. arts. 321 inc. 7), 322 inc. 4), 334

LUCERO CELESTE RAMÍREZ IZAGUIRRE / ORESTE ROCA MENDOZA

Como bien sostiene Lafaille, además del pago, "existen otros actos jurídicos, igualmente encaminados a poner fin al nexo obligatorio y a determinar la liberación del deudor. El primero de ellos es la novación"[1], la cual, conforme al artículo 1277 de nuestro Código Civil, implica la sustitución de una obligación por otra, debiendo expresarse para estos efectos la manifestación indubitable de novar o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva, lo cual no ocurre en la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, por lo que no producen novación (artículo 1279 del Código Civil).

En la actualidad, se afirma que "es comúnmente aceptado que la novación puede comportar dos efectos jurídicos bien distintos: por un lado, su característico efecto destructor de una obligación por creación de otra nueva y, por otro y de forma alternativa, un efecto modificativo del vínculo obligatorio que, a pesar de verse alterado en su objeto o en la identidad de los sujetos que conforman la relación, subsiste único"[2].

Para Von Tuhr constituyen requisitos de la novación los siguientes: "1. La constitución de un nuevo crédito (...). 2. La existencia de un crédito que ha de saldarse por medio de la novación (...)[3]. Del artículo 1277 se desprende entonces que se requieren como presupuestos: la capacidad de las partes, la existencia de una obligación previa, la creación de una nueva obligación que sustituya a la anterior y *animus novandi*, entendiéndose a este último como el acto jurídico que tiene como "fin inmediato (...), poner término a un derecho y dar nacimiento a otro. Tal orientación de la voluntad, el deliberado propósito"[4]. La novación puede a su vez ser de dos clases: objetiva, cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente (artículo 1278 del Código Civil); o subjetiva, referente al sujeto que participa de la relación contractual.

En tal contexto, la novación afecta la obligación generada, y por tanto no previsible por los demás acreedores, lo que implica que no se vean afectados por tales cambios. No obstante, la consecuencia no es mantener la exigencia al deudor de la prestación indivisible sino

---

(1) LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil.* Tomo VI, Tratado de las obligaciones, Volumen I, Ediar, Buenos Aires, 1950, p. 379.

(2) CASTELLANOS CÁMARA, Sandra. "Novación y modificación de la relación obligatoria: el artículo 1203 del Código Civil Español". *Rev. Boliv. de Derecho* N° 28, julio 2019, (pp. 168-203) p. 172.

(3) VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones.* Traducido del alemán y concordado por W. Rocces, tomo II, REUS, Madrid, 1934, p. 149.

(4) LAFAILLE, Héctor. Ob. cit., p. 383.

que debe reembolsar al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.

Esta regla se replica en las demás modalidades que modifican o extinguen la obligación. Así, se recurre a la figura jurídica de compensación "cuando dos personas reúnen por derecho propio la calidad de acreedor y deudor, recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. (...) Es un medio de extinción de las obligaciones de gran importancia práctica, porque contribuye a liquidar deudas recíprocas y evita la necesidad de reclamaciones judiciales o extrajudiciales"(5).

En dicha línea, si ocurre la compensación 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 compensó o garantizando el reembolso.

Respecto a la condonación, en la que "el acreedor manifiesta su voluntad de extinguir en todo o en parte su derecho de crédito, sin recibir nada en pago, ni a cambio"(6) y, como consecuencia, se aprecia "claramente una liberación del deudor sin satisfacción del acreedor"(7) o lo que sería equivalente al perdón de la deuda, pero que no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores; sin embargo, como refiere la norma bajo análisis, no puede exigirse la prestación indivisible, sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que condonó o garantizando el reembolso.

Por otro lado, para nuestro legislador, la consolidación puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de ella (artículo 1300 del Código Civil) y puede oponerse la consolidación por acuerdo de partes, debiendo para ello observar el artículo 1289 del Código Civil. "Elimina la necesidad de un doble cumplimiento, con el consiguiente transporte de numerario o de cosas fungibles, y los gastos y molestias consiguientes. Sirve de garantía a las personas que, teniendo créditos y deudas recíprocas con otras, no se verán expuestas, luego de haber pagado, al riesgo de no recibir lo que les corresponde"(8).

Respecto a la transacción, "para nuestro ordenamiento jurídico nacional (...) es un acto jurídico de naturaleza patrimonial (contrato) por el que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso"(9). Siendo así, a la luz de la norma comentada, se tiene que la transacción entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores; empero, estos no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que transó o garantizando el reembolso.

Como se puede apreciar, todas las formas de afectación de la prestación efectuadas por el deudor con uno de los acreedores no afecta a los demás coacreedores, ya que no pueden ser afectados por los acuerdos de otras personas, en virtud del principio de relatividad, el cual se desprende del artículo 1363 del Código Civil. No obstante, es posible efectuar la

(5) BORDA, Guillermo. *Manual de obligaciones*. Sexta edición, Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 385.
(6) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Volumen segundo, Las relaciones obligatorias, Sexta edición, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 561.
(7) Ídem.
(8) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil - obligaciones, Parte I*. Quinta edición, Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 644.
(9) Casación N° 1465-2007-Cajamarca, Corte Suprema de Justicia de la República Pleno Casatorio Civil, p. 25.

exigibilidad de la prestación indivisible, solo con el reembolso, justamente para evitar un perjuicio injusto al deudor.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo. Manual de Obligaciones, Sexta edición, Perrot, Buenos Aires, 1975. BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil - obligaciones, Parte I. Quinta edición, Perrot, Buenos Aires, 2008. CASTELLANOS CÁMARA, Sandra. Novación y modificación de la relación obligatoria: el artículo 1203 del Código Civil Español. Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Segundo, Las relaciones obligatorias, Sexta edición, Thomson Civitas, Madrid, 2007. LAFAILLE, Héctor. Derecho civil. Tomo VI, Tratado de las obligaciones, Volumen I, Ediar, Buenos Aires, 1950. VON TUHR, A. Tratado de las obligaciones. Traducido del alemán y concordado por W. Rocces, tomo II, REUS, Madrid, 1934.

Conversión de obligación indivisible en obligación de indemnizar

Artículo 1180.- ***La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes solo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda.***

Concordancias:
C.C. arts. 1175, 1321

Lucero Celeste Ramírez Izaguirre

Cuando hacemos mención a la acción de indemnización por daños y perjuicios, se entiende que quien promueve la demanda deberá acreditar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil (antijuridicidad, imputabilidad, nexo causal, factor de atribución, daño), a efectos de que en sede judicial pueda obtener una sentencia favorable.

En el presente caso, el legislador ha regulado como un supuesto de responsabilidad civil aquel derivado de la resolución de una obligación indivisible, en el que se "presupone un supuesto de pluralidad pasiva organizada de manera parciaria (mancomunada) con prestación indivisible, en cuyo caso la regla que resulta de aplicación es la de la indivisibilidad. Esto supone que el acreedor puede exigir a cualquiera de los deudores el íntegro de la prestación (artículo 1176 del Código Civil)"[1], por lo que si los codeudores no cumplieron con la prestación indivisible por dolo o culpa, serán responsables civilmente por los daños y perjuicios que con su acción hubiesen generado a los acreedores.

En efecto, "los codeudores culpables tendrán que responder por el íntegro de la indemnización. La culpa de un deudor no responsabiliza a los no culpables. Si solo uno es culpable de la inejecución, solo él deberá responder por los daños y perjuicios. El dolo y la culpa son personales, por lo que no pueden trasladarse al deudor que no incurrió en ellos"[2].

Repárese entonces que la consecuencia jurídica prevista en la norma será menos gravosa respecto a quien estuvo dispuesto a cumplir con la prestación, la cual consistirá en contribuir con la indemnización según "la porción del valor de la prestación que les corresponda".

¿Qué implica entonces el supuesto de excepción recogido en la norma? Se podría pensar que con el término acuñado por el legislador referente al "valor de la prestación" se está haciendo referencia a la prestación *per se*, por lo que conviene hacer una precisión; dado que nos encontramos en el marco de la responsabilidad civil, a la luz de la norma comentada, en la realidad de los hechos, los codeudores "no responsables" deberán pagar como concepto indemnizatorio el equivalente al valor de la prestación que les atañe.

Lo antes señalado obedece a que el resultado de un proceso de indemnización por daños y perjuicios con pronunciamiento favorable es el pago pecuniario que por su naturaleza es divisible; sin embargo, atendiendo al tenor de la norma, aquellos codeudores responsables del incumplimiento deberán responder por la totalidad de la indemnización, a diferencia de los codeudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir la prestación, quienes

(1) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Comentarios a algunas de las propuestas de enmienda del Código Civil (Libro de Obligaciones)". *Themis* N° 60, 2011, p. 241.

(2) FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de Obligaciones*, 3ª edición, Grijley, Lima, 2004, p. 96.

contribuirán a la indemnización, la misma que está limitada al valor de la prestación que les hubiese correspondido.

Como se puede apreciar, lo desarrollado es consecuencia de una interpretación de la *ratio essendi* de la norma, pues para Ferrero: "La redacción del artículo es equívoca. Debemos entender que la obligación indivisible se resuelve en una pecuniaria cuando el cumplimiento de la prestación haya devenido en imposible por causa imputable a uno o todos los codeudores. En tales casos todos los codeudores están obligados a pagar el íntegro del valor de la prestación, pero solo deberán resarcir los daños provocados por el incumplimiento de la prestación *in natura* aquel o aquellos deudores a los que les sea imputable la imposibilidad"(3).

De esta manera, Osterling y Castillo acertadamente fundamentan que "la interpretación correcta es que los codeudores no culpables deberán por concepto indemnizatorio solamente su parte proporcional del valor de su participación en la prestación incumplida, pero entendida, sin duda, como parte integrante de la indemnización global de daños y perjuicios que se deberá al acreedor precisamente por la inejecución de la obligación"(4).

Ahora, la pregunta que se formulará el lector será ¿qué conceptos deben indemnizar los codeudores responsables? Para estos efectos, nos debemos remitir a los artículos 1321 y 1322 del Código Civil, que determinan que en caso de incumplimiento se debe indemnizar por daño emergente, lucro cesante y, de ser el caso, daño moral (si se hubiese irrogado). Como bien sostiene Barchi, se debe observar que la norma bajo análisis solo refiere "al caso del incumplimiento, excluyendo abiertamente el caso de la mora, puesto que solo en la hipótesis de incumplimiento el daño emergente comprende el valor económico de la prestación. Por tanto, solo los deudores culpables responden de la indemnización de daños y perjuicios por el íntegro (comprende el valor económico de la prestación por la parte que le corresponde en las relaciones internas, el lucro cesante y el daño moral de ser el caso) mientras que los deudores no culpables solo contribuirían a la indemnización con la parte del valor económico de la prestación incumplida que le corresponda en las relaciones internas (no responden por el lucro cesante ni por el daño moral)"(5).

DOCTRINA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Comentarios a algunas de las propuestas de enmienda del Código Civil (Libro de Obligaciones)". Themis N° 60, 2011. FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de Obligaciones. Tercera edición, Grijley, Lima, 2004. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de Derecho de las Obligaciones. Volumen II (artículos 1172-1233), Segunda edición, ECB Ediciones, Lima, 2014.

(3) Ibídem, p. 95.
(4) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Volumen II (arts. 1172-1233), 2ª edición, ECB Ediciones, Lima, 2014, p. 488.
(5) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Ob. cit., p. 242.

Normas aplicables a las obligaciones indivisibles

Artículo 1181.- *Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.*

Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177.

Concordancias:
C.C. arts. 1177, 1185, 1186, 1187, 1189, 1190, 1191, 1195, 1200, 1201 y 1202

Lucero Celeste Ramírez Izaguirre / Oreste Roca Mendoza

Conforme el artículo 1175 del Código Civil, la obligación es indivisible cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse, siendo subsistente cuando pasa la obligación a los herederos del acreedor o del deudor, conforme lo dispone el artículo 1177 del Código Civil.

Es necesario traer a colación que las "obligaciones indivisibles son las no susceptibles de cumplimiento parcial, o sea aquellas en las que la prestación requiere ser realizada como un todo, de manera unitaria; bien porque en el plano de lo material o de lo económico social no quepa el fraccionamiento, bien porque se traduzca en una pérdida de valor"(1), lo que implica que no está supeditado solo a la característica material del bien o servicio, sino también a que, aun siendo separado, este pierda el valor dado como una prestación unida, "pero, a veces, la razón determinante de la indivisibilidad se encuentra todavía más allá del cumplimiento; es el fin perseguido a través de él lo que hace a la obligación indivisible en la medida en que tal fin no pueda lograrse fraccionadamente, aun cuando quepa el fraccionamiento del cumplimiento"(2), hecho que resulta esencial cuando se está ante una pluralidad de sujetos, que requieren una afinada cooperación humana y es justamente donde podrían encontrarse prestaciones que tendrían que ser indivisibles. Por ejemplo, "las obligaciones de no hacer son, por lo general, obligaciones indivisibles, como guardar el secreto sobre una fórmula química o no divulgar un proyecto empresarial"(3).

En efecto, "la divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones solo existe ante la pluralidad de acreedores o deudores. Si ello no ocurre, es decir, si los sujetos de la relación jurídica son un solo acreedor y un único deudor, estas reglas no tendrían cabida. En estos casos, y salvo pacto en contrario, el deudor está obligado a cumplir el íntegro de la prestación y, correlativamente, el acreedor puede exigir el cumplimiento total. Aquí prevalece el principio de indivisibilidad, consignado en el Código peruano en una norma relativa al pago (artículo 1220)"(4).

Siendo estas las características, el Código Civil establece cuáles normas son de su aplicación de manera detallada para evitar una indebida interpretación o ejecución que pueda vulnerar la esencia de una "obligación indivisible". Sobre el particular, se advierte que, en concordancia con el análisis de la legislación italiana, "se trata de una norma explicativa pero

(1) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de obligaciones*. Cedra, Madrid, 199, p. 159.
(2) Ídem.
(3) ROCA MENDOZA, Oreste y otros. *Diccionario Civil*. Gaceta Jurídica, 2013, Lima, p. 334.
(4) CASTILLO FREYRE, Mario. "Una aproximación en torno a la clasificación de las obligaciones". En: *De las obligaciones en general, coloquio de iusprivatistas de Roma y América, cuarta reunión de trabajo*. Fondo PUCP, Lima, 2012, pp. 198-199.

redundante: la incompatibilidad entre la parcialidad e indivisibilidad es absoluta y no es necesaria confirmación textual"[5]. Es solo una deducción lógica, porque "cuando una obligación como esta se refiere a varios deudores, sería imposible fraccionarla según el modelo de la obligación parciaria: se aplica, por consiguiente, un régimen análogo al de las obligaciones solidarias"[6]. En sentido inverso, también tiene sentido, ya que "una obligación subjetivamente compleja podrá ser parciaria [mancomunada] solo cuando tenga por objeto una prestación divisible"[7].

En primer lugar señala que es de aplicación el artículo 1184, que establece que la solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores, lo que conlleva respetar la prestación como un todo, no siendo afectado por prestaciones efectuadas de forma y tiempo diferentes.

¿A qué obedece dicha protección legislativa? La protección de una prestación indivisible tiene el sustento en la naturaleza del comportamiento debido o lo acordado por las partes, por lo que una variación de ello afecta a todas luces la solidaridad. Por ello, en la aplicación del artículo 1188 se dispone que 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.

Por otro lado, se dispone en el artículo 1192 que a cada uno de los acreedores o deudores solidarios solo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores, lo cual resulta evidente que se aplique en las obligaciones indivisibles, debido a su naturaleza de ser un todo y, por ende, tanto los acreedores y deudores están ligados por ello.

A su vez, en el artículo 1193 se dispone que la sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente, salvo que lo alegue contra los demás sujetos, lo que implica en el fondo que sí puede ser afectado cualquier deudor o acreedor respecto a una sentencia vinculada a la obligación, que resulta acorde al ser una obligación indivisible y, por tanto, una controversia generada por eso afecta a todos los sujetos obligacionales.

Situación diferente ocurre cuando en el artículo 1194 se dispone que la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás, y no establece excepciones, pero la constitución en mora del deudor por uno de los acreedores

(5) BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. Giuffrè, Milano, 1991, p. 201.

(6) ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di diritto privato*. 3ª edizione, Monduzzi, Bolonia, 2001, p. 262. Tomado de: LEÓN HILARIO, Leysser (traductor) *Derecho de las relaciones obligatorias*. Jurista Editores, Lima, 2007, p. 185.

(7) MOSCATI, Enrico. *La disciplina generale delle obbligazioni, corso di diritto civile*, G. Giapichelli Editores, Torino, 2007, p. 144.

solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros, lo cual tiene sentido en obligaciones indivisibles.

En la misma línea, el artículo 1196 señala que los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores, porque la prescripción está supeditada a la vigencia de la exigibilidad de la prestación que afecta a todos los sujetos obligacionales.

Lo mismo no ocurre cuando se suspende la prescripción porque solo afecta al deudor o acreedor, y no a los demás, pero tiene el derecho a repetir contra ellos (demás codeudores) o el deber de repartir con los demás coacreedores (artículo 1197), y esto tiene su sustento en que se privilegia el cumplimiento de la prestación indivisible. Del mismo modo, se tiene que cuando se renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás, pero el deudor que hubiese renunciado a la prescripción no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción (artículo 1198).

El artículo 1199 dispone que el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto a los demás codeudores, porque afectaría su esfera patrimonial y derecho a la defensa, a pesar de que se trate una obligación indivisible. Si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros, pero respecto de ese deudor.

Por otro lado, si bien se trata de una prestación indivisible, lo es frente a satisfacer el interés al acreedor o acreedores, pero dentro de la relación entre deudores o acreedores la prestación la asume según la parte que le corresponde a cada uno, tal como se desprende de la interpretación del artículo 1203, la cual si bien puede ser a prorrata, dependerá de cómo estos se hayan obligado internamente.

Por último, el artículo 1204 establece que si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación. Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás, reglas que son realizables en prestaciones indivisibles.

Nótese que aunque el artículo 1181 indica que a la obligación indivisible se le aplica el artículo 1177, ello se torna innecesario, ya que este por texto propio regula el aspecto sucesorio de cualquier obligación indivisible (solidaria o no). A propósito de este artículo, se advierte que la solidaridad que le otorga permite proteger en la fase ejecutiva la unidad de la prestación indivisible[8].

DOCTRINA

BRECCIA, Umberto. Le obbligazioni. Giuffrè, Milano, 1991. CASTILLO FREYRE, Mario. "Una aproximación en torno a la clasificación de las obligaciones". En: De las obligaciones en general, coloquio de iusprivatistas de Roma y América, cuarta reunión de trabajo, Fondo PUCP, Lima, 2012. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Introducción al Derecho de las Obligaciones, Instituto Pacífico, Lima, 2017. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Derecho de obligaciones, Cedra, Madrid, 1960. MOSCATI, Enrico. La disciplina generale delle obbligazioni, corso di diritto civile. G. Giapichelli Editores, Torino, 2007. ROCA MENDOZA, Oreste y otros. Diccionario civil. Gaceta Jurídica, 2013, Lima. ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato, 3ª edizione, Monduzzi, Bolonia, 2001. Tomado de: LEÓN HILARIO, Leysser (traductor). Derecho de las relaciones obligatorias. Jurista Editores, Lima, 2007.

(8) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Introducción al Derecho de las Obligaciones*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 48.

TÍTULO VI
OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

Régimen legal de las obligaciones mancomunadas

Artículo 1182.- *Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles*

Concordancias:
C.C. arts. 1172, 1173, 1174

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ

Las obligaciones mancomunadas (llamadas tambien "conjuntas", "mancomunadas simples", "parciarias", "obligaciones disjuntas", *pro parte* o a *pro rata)* son aquellas en que el crédito o la deuda se dividen en tantas obligaciones separadas e independientes cuantos sean los sujetos acreedores o deudores, de tal suerte que cada acreedor solo puede exigir del deudor la parte que a prorrata le corresponda, y cada deudor solo está obligado a prestar su parte[1]. La prestación única se divide de acuerdo al principio *concursus partes fiunt.*

Por ejemplo, si A, B y C tienen un crédito mancomunado de 1500 soles contra X, cada acreedor solo tiene derecho a cobrar 500 soles; existen tres obligaciones parciales, cada una por 500 soles, a favor de A, B y C, respectivamente, y a cargo de X. Asimismo, si X presta 1500 soles a A, B y C, cada uno de estos deudores solo debe 500 soles. La relación obligatoria es única, en la que entre los varios acreedores o los varios deudores existe un nexo jurídico único que vincula a todos ellos a una misma prestación. El único crédito o la única deuda se divide en créditos o deudas independientes que recaen sobre una parte de la prestación única.

Como el crédito o la deuda mancomunados se dividen en tantas partes como acreedores o deudores haya, reputándose a las partes créditos o deudas distintos unos de otros, en caso de la mancomunidad pasiva si alguno de los deudores resulta insolvente, los demás no responden de la parte correspondiente a aquel. La insolvencia de uno de los deudores mancomunados es soportada por el acreedor.

En aplicación del principio *favor debitoris* se presume que la obligación pluripersonal es mancomunada, siendo necesario para que tenga el carácter de solidaria que expresamente se haya establecido así.

La obligación mancomunada puede ser con prestación divisible o indivisible.

(1) Código Civil colombiano: Art. 1568. En general cuando se ha contratado por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es *solidaria* o *in solidum.* La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. De acuerdo al artículo 1138 del Código Civil español, en las obligaciones mancomunadas "el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya reputándose créditos o deudas distintos unos de otros".

Son obligaciones mancomunadas con prestación divisible las que existen a cargo de dos o más deudores o a favor de dos o más acreedores, o a la vez de dos o más deudores y dos o más acreedores, de forma tal que cada deudor esté solamente obligado a pagar su parte de la deuda o que cada acreedor solo pueda exigir la parte del crédito que le corresponde (art. 1172). La obligación única se divide en tantas obligaciones parciales como acreedores y deudores existan; cada obligación parcial es distinta e independiente de las otras.

El artículo 1182 remite la regulación de estas obligaciones a las reglas de las obligaciones divisibles. Estas estan disciplinadas en los artículos 1172, 1173 y 1174. Luego, las obligaciones divisibles y las mancomunadas tienen las mismas consecuencias jurídicas; tienen la misma regulación[2].

La obligación puede ser mancomunada desde su nacimiento (mancomunidad *originaria).* Por ejemplo, si A presta 3000 soles a Q, X y Z, la obligación, desde la celebración del contrato, se divide en tres vínculos obligatorios parciales de 1000 soles, cada uno a cargo de cada deudor. O puede haber nacido simple y por virtud de hechos posteriores se transforme en obligación mancomunada (mancomunidad *derivada).* Por ejemplo, A presta 3000 soles a B y este muere dejando tres herederos, entre los cuales se divide la obligación; o el acreedor A cede el cincuenta por ciento de su crédito a X, dando lugar a la división del crédito entre el acreedor primitivo y el cesionario.

Si no se ha pactado la forma en que debe dividirse la obligación, debe hacerse por partes iguales como acreedores y deudores existan (art. 1173). Por ejemplo, si dos personas compran conjuntamente un predio, cada una de ellas estará obligada a pagar la mitad del precio. Cuando la división de la obligación obedezca a la muerte del deudor, sus herederos responden de las deudas hasta donde alcancen los bienes de la herencia (art. 661). Las disposiciones del testador encargando a uno de sus herederos que pague más que los otros o que se encargue de toda la deuda no obligan al acreedor o acreedores, así como no los obligan los acuerdos a que lleguen los herederos sobre el pago de las deudas de su causante; tales pactos son *res inter alios acta.* El acreedor o acreedores pueden respetar estas decisiones del testador o de los herederos, o, sin sujetarse a ellas, pueden exigir a cada deudor que cumpla con la obligación en proporción a su participación en la herencia. En todo caso, el beneficio de división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, ni por quien se encuentra en posesión de la cosa debida o por quien adquiera el bien que garantiza la obligación (art. 1174).

Como las partes en que se dividen los créditos o deudas se consideran como constituyendo otros tantos créditos o deudas independientes los unos de los otros, si alguno de los codeudores es insolvente, su porción no grava a los otros deudores, ya que cada uno de estos es responsable solamente de su parte (art. 1173).

(2) Cas. N° 928-2003-Lima (31/03/2004): "Que a falta de pacto de solidaridad, o disposición de la ley, cuando el consorcio asume una obligación, sus miembros son responsables mancomunadamente, conforme a los artículos 1182 y 1172 del Código civil, de modo que cada uno se encontrará obligado solo respecto a la cuota que le corresponde, presumiéndose en las obligaciones divisibles que en caso de deuda, la misma se reputa dividida en tantas partes iguales como deudores existan, y en el caso concreto de cuantos consorciados existan; (...) por lo que debe concluirse que la responsabilidad es mancomunada entre los consorciados, como es de entenderse de la interpretación *contrario sensu* del segundo párrafo del artículo 447 de la Ley General de Sociedades, concordado con el artículo 1173 y el artículo 1172 de ese mismo texto legal".

Cada deudor queda liberado de la obligación pagando su parte en la deuda. Cada acreedor no puede exigir más de su parte en el crédito.

La constitución en mora de uno de los deudores no implica la constitución en mora de los otros.

La extinción de la deuda de uno de los deudores por novación, compensación, condonación, consolidación y transacción no extingue la obligación de los demás deudores.

La interrupción o la suspensión de la prescripción en favor de uno de los acreedores mancomunados no beneficia a los demás, ni la suspensión o interrupción que perjudica a un deudor perjudica a los demás.

En las obligaciones mancomunadas cada deudor solo está obligado a pagar su parte en la deuda. Si un deudor mancomunado paga la totalidad de la deuda, si lo hizo por error, puede exigir que los otros deudores le restituyan la parte en la deuda que les corresponde (art. 1267). Si pagó con aprobación expresa o tácita de los demás deudores, opera la subrogación (art. 1261.2), en consecuencia, el deudor mancomunado subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra los demás deudores, solo hasta la concurrencia de cada uno de estos en la parte que les corresponda en la deuda (art. 1263). El deudor mancomunado que paga la totalidad de la deuda por ignorancia o contra la voluntad de los demás deudores solo puede exigir a estos aquello que les hubiera sido útil. Si el deudor pagó haciendo una liberalidad en favor de sus codeudores que resultan exonerados de su deuda con respecto al acreedor, no hay lugar a restitución alguna. El deudor que pagó *(solvens)* tiene derecho a repetir del acreedor que recibió *(accipiens)* el pago sin tener título para ello o para recibirlo en la medida que ha sido satisfecho, por ejemplo, si el codeudor que hizo el pago total se entera al comunicar el hecho a los otros deudores, exigiéndoles el reintegro de sus partes, que ellos ya las habían satisfecho o que se había extinguido la deuda por un medio análogo al pago; en tal caso no hay lugar a reintegro de parte de los otros deudores, sino repetición de pago contra el *accipiens* que no tenga título para recibirlo[3].

El deudor que paga la totalidad de la deuda a uno solo de los acreedores mancomunados no queda liberado frente a los otros acreedores, cada uno de los cuales se pueden dirigir contra él para exigirle sus respectivos créditos. El deudor podrá exigir la restitución de lo indebidamente pagado al acreedor que cobró más de lo que le corresponde en el crédito.

En el Derecho comparado se cita como obligaciones con pluralidad de sujetos a las *mancomunadas simples* y a las *mancomunadas solidarias*[4]. "La mancomunidad resulta de la concurrencia de varios acreedores o varios deudores, todos los cuales tienen derecho de exigir su obligación de hacer una determinada prestación". La mancomunidad es simple cuando cada uno de los deudores o de los acreedores tenga obligación de satisfacer, o derecho a exigir, una parte de la prestación. En cambio, en la mancomunidad solidaria cada uno de los varios acreedores tiene derecho a exigir íntegra la prestación, o cada uno de los varios deudores tiene la obligación de hacer íntegra la prestación[5]. Nuestro Código Civil, a la obligación mancomunada sim-

(3) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones.* Tomo II-A: Clasificación de las obligaciones. Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 422.

(4) Cfr. Código Civil argentino de Vélez Sarsfield: Art. 690. "La obligación que tiene más de un acreedor o más de un deudor y cuyo objeto es una sola prestación, es obligación mancomunada, que puede ser o no solidaria".

(5) COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de Derecho Civil.* Tomo III: Teoría general de las obligaciones. Traducido por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* Reus, Madrid, 1924, pp. 400-401.

ple la denomina obligación *mancomunada* y a la obligación mancomunada solidaria la llama simplemente obligación *solidaria.*

Si la obligación mancomunada es indivisible, debido a que la prestación no puede ser fraccionada, se le aplica las reglas de la indivisibilidad. Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible (art. 1176), esto no porque la obligación sea solidaria, sino porque la prestación no es susceptible de división ni de cumplimiento parcial.

DOCTRINA

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil. Tomo III: Teoría general de las obligaciones. Traducido por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Reus, Madrid, 1924; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo II-A: Clasificación de las obligaciones. Perrot, Buenos Aires, 1982; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Teoría general de las obligaciones. Vol. I, Pacífico Editores, Lima, 2014.

JURISPRUDENCIA

PLENO CASATORIO

Obligaciones mancomunadas son relaciones pluripersonales

Las obligaciones mancomunadas se presentan cuando varios sujetos tienen una relación civil; una característica importante es que son relaciones pluripersonales, ya que hay varios deudores hacia un acreedor o varios acreedores y varios deudores ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 50).***

CORTE SUPREMA

Obligación mancomunada a falta de obligación solidaria

A falta de solidaridad, o disposición de la ley, cuando el consorcio asume una obligación, sus miembros son responsables mancomunadamente, conforme a los artículos 1182 y 1172 del Código Civil, de modo que cada uno se encontrará obligado solo respecto a la cuota que le corresponde, presumiéndose en las obligaciones divisibles que, en caso de deuda, la misma se reputa dividida en tantas partes iguales como deudores existan, y en el caso concreto de cuantos consorcios existan ***(Cas. N° 928-2003-Lima).***

Carácter expreso de la solidaridad

Artículo 1183.- *La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.*

Concordancias:
C.C. arts. 1795, 1800, 1951, 1983; C.T. arts. 16, 17, 18, 19; LEY 27287 art. 11; LEY 26887 arts. 18, 40, 69, 81, 87, 89, 177, 191, 265, 278, 295, 414, 424, 447; LEY 26702 art. 73

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. Introducción: alcances previos al análisis de la obligación solidaria. La conceptualización de la relación jurídico-obligacional, el interés y la buena fe

El desarrollo de cualquier esquema conceptual, en miras a la correcta aplicación de la normativa, nos impone precisar el propio posicionamiento medular que guarde incidencia sobre la materia a desarrollar. En tal orden de ideas, es necesario plantear nuestra postura en torno al fenómeno obligatorio, trascendental en cuanto la obligación solidaria no es sino una de sus categorías más conocidas que no escapa a su lógica general ni a los principios que informan su desenvolvimiento y vicisitudes. Así, podemos señalar orientativamente que la obligación es *aquella relación jurídica en virtud de la cual una persona determinada, llamada deudor, está constreñida a un comportamiento patrimonialmente valorable que tiene como finalidad la satisfacción de un interés, incluso no patrimonial, de otra persona determinada, llamada acreedor, quien tiene derecho a su cumplimiento* (GIORGIANNI, p. 581).

El fenómeno obligatorio, y esto es importante para nuestro comentario, es un fenómeno complejo, es decir, está conformado por un conjunto de situaciones y vinculaciones *correlativas* entre deudor y acreedor, que pueden en forma indistinta asumir derechos y deberes para el cumplimento del programa de la específica relación obligacional marcada por la fuente que le ha dado origen. Así, enunciativamente, son deberes para el acreedor los relativos a brindar los medios necesarios para que el deudor pueda cumplir (deber de cooperación) y derecho del deudor el que se le permita cumplir en la forma pactada a fin de liberarse del deber-débito a que se encuentra sometido (derecho a la liberación).

Es preciso señalar que el surgimiento de una relación obligacional no supone la extinción de la fuente generatriz (que puede ser un contrato o, más ampliamente, un negocio jurídico), puesto que el contenido de la relación obligacional debe ser enfocado como reflejo de la estructura de dicha fuente generatriz; constatándose ello, sobre todo, en la obvia incidencia que tienen los componentes estructurales del negocio sobre su eficacia, en la que se incluyen los efectos obligatorios. En el negocio "generatriz" y en la relación obligacional coinciden sus elementos caracterizantes, es decir, los sujetos, el objeto, la declaración y la causa.

Asimismo, cabe acotar que el elemento funcional de la relación obligacional, el interés del acreedor, es en ella caracterizante, puesto que sobre su vigencia o decadencia se resuelven casi todos los aspectos de su actuación atendiendo, en casi en todas sus manifestaciones, a la dinámica o al desenvolvimiento del programa predispuesto.

Sobre la valoración del *interés creditorio* como elemento constitutivo de la obligación, el panorama se encuentra ciertamente bastante dividido. Existen teorías que niegan valor al momento constitutivo del interés en la medida que, tomando ideas de la doctrina alemana,

consideran que este puede también permanecer oculto, o ser difícilmente conocible, por lo que no sería justo que la constitución de la relación dependiese de una valoración discrecional de quién interviene en ella. Los sostenedores de darle absoluta relevancia entienden con ello proteger los intereses de la parte débil –supuestamente el deudor–: se quiere evitar que este pueda considerarse inmiscuido en una relación que asume como jurídica mientras que en realidad no lo es. Según esta tesis, en conclusión, el interés del acreedor no sería un elemento esencial de la relación obligacional.

Sin embargo, la doctrina italiana toma una opinión diversa tomando en consideración sobre todo el artículo 1174, aunque también los artículos 1411, 1322 y 1379 del *Codice Civile italiano* de 1942. Si falta el interés, falta la juridicidad de la vinculación entablada, precisándose, en todo caso, que tener en cuenta solo el interés del acreedor para efectuar dicha calificación puede ser un criterio inseguro. Así, por ejemplo, se alude al llamado *transporte de personas* en el que para su calificación jurídica no es suficiente investigar sobre el interés del transportante, obviando el interés del transportado, pues resulta claro que también este tiene un *interés relevante*, haciéndose la salvedad de que no siempre del interés puede derivar un verdadero derecho o deber, pues ello inexorablemente ocurrirá solo cuando se ha previsto expresamente, de ser el caso, en el contenido de un hecho generatriz.

En mi entender, la noción de interés se dirige a identificar el nexo de tensión entre un sujeto y un bien o entidad externa, idónea para satisfacer sus necesidades. Asume, entonces, la categoría de sustrato de la situación jurídica tutelada por el derecho (BETTI, p. 838 y ss.). Esta definición se ajusta al rol fundamental desarrollado por el interés del acreedor - subyacente a la relativa situación jurídica subjetiva identificada en el derecho de crédito, denotándose la connotación central y dinámica del interés del acreedor, el cual permaneciendo en su núcleo mismo se enriquece de los aportes y motivos nuevos que antes no se encontraban en el marco de desenvolvimiento del contrato (DI MAJO, 1967, p. 442).

Paralelamente con el interés del acreedor, en nuestro parecer, y con el fin de afrontar los problemas de actuación de la relación obligacional, debemos precisar la importancia de los alcances del criterio de la buena fe en el Derecho de Obligaciones, básicamente en lo que concierne a la fase de cumplimiento. Se debe recalcar que es imposible, por la variedad de su materia y por el empleo profuso que de ella hace el ordenamiento positivo, dar un concepto general de la buena fe. No cabe establecer conceptos generales sobre una idea con una serie de criterios de orientación, que requiere en cada caso de una precisión distinta, según el contenido a que responde y a la posición que ocupa en relación con el ordenamiento (ROMANO, p. 677).

Pero, a pesar de esta limitación, la doctrina ha pretendido sistematizar dicho concepto, a través de la clasificación tradicional que distingue entre buena fe objetiva, cuya actuación estaría circunscrita a la imposición de una regla de conducta, portadora de normas en sí o generadora de normas concretas, y buena fe subjetiva, que se concreta en la protección de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias de la misma. Sin embargo, ante tal pretensión, se ha puesto de relieve que la distinción de rigor existente entre creencia y conducta, operada con dicha clasificación, es artificiosa, principalmente por la verificación de la realidad existente. De allí que se afirme que en el campo de la buena fe no puede hablarse de tal clasificación como si se tratase de compartimentos estancos, ya que, aunque actuando independientemente, la buena fe es una sola (FERREIRA, p. 96).

En lo que atañe a la buena fe objetiva, donde se valora el comportamiento negocial (que incluso resulta aplicable a las relaciones obligatorias derivadas de un negocio jurídico) en sus

reflejos sobre el otro contratante (o partícipe) en su "aparecer", "exterioridad" o "socialidad" (FERRI, p. 416), es patente cómo un gran sector doctrinal la aplica al cumplimiento de las obligaciones (Cfr. NATOLI), suscitándose la problemática de si puede haber deberes tanto para el acreedor como para el deudor que no emerjan directamente del contenido pactado, ni de la concurrencia estricta de normas imperativas o dispositivas. Nos estamos refiriendo a la actuación del criterio de la buena fe bajo el perfil integrativo. En cuanto a ello, hay quien ha negado que la buena fe pudiera actuar bajo dicho perfil. Así, se sostiene que cuando la buena fe actúa sobre el contenido del contrato, o del negocio, no se trata de integrar este, y consiguientemente la relación obligacional, como efecto consecuencial y reflejo del contenido, sino de interpretar adecuadamente la voluntad de las partes, haciendo eventualmente explícita, cuanto en ella debe objetivamente considerarse implícito. A lo que se agrega que la teoría que atribuye a la buena fe la función de fuente de deberes secundarios de conducta no es otra cosa que el intento de aliviar al deudor de la carga de responsabilidad que le compete, poniendo a cargo del acreedor algunos deberes cuyo incumplimiento generaría indemnización a favor del deudor (NATOLI, 1975, p. 133 y ss.).

La identificación de la buena fe como "factor actuante" solamente en la interpretación, y no en la integración, es, en nuestro parecer, una restricción arbitraria a las diversas funciones que esta cumple en el ordenamiento. Cierto es, sin embargo, que la buena fe tiene un indiscutible papel, preponderante en la interpretación, como lo ha puesto de relieve cierto sector de la doctrina en torno a ella (COSTANZA, p. 27 y ss), pero de allí a establecer que esta actúe tan solo en el fenómeno interpretativo nos parece, lo repetimos, una exagerada restricción, que desconoce la función normativa de la buena fe, la que puede ser contradicha tan solo constatándose la creación de deberes constreñibles con base en ella, y sobre todo teniendo presente que la buena fe es un principio general y que, por tanto, puede tener una actuación más allá del particular llamado realizado en sede interpretativa, es decir, como criterio de interpretación. A ello se suma que el artículo 1362 CC establezca que los contratos "deben" negociarse, celebrarse y ejecutarse según las "reglas" de la buena fe, con lo que queda señalado el alcance normativo de dicho principio; y que del mismo se extrae, ante el "incumplimiento" de uno de sus deberes, mayoritariamente aceptados por la doctrina, como lo es el de la corrección, por ejemplo en la etapa de negociaciones, consecuencias en el plano de la responsabilidad precontractual.

La buena fe al imponer "deberes" más allá del contenido específico del negocio-contrato, ya que sería absurdo pretender que ellos se encuentran "implícitos" en él, asume, en nuestra óptica particular, una innegable función integrativa, junto a aquella interpretativa que cumple en el desentrañamiento del sentido atribuible al contenido preceptivo de un negocio jurídico.

Es necesario, entonces, tener en cuenta que, si los problemas de interpretación del negocio surgen por una desavenencia posterior a su conclusión, y que para superar tales conflictos no bastan, en muchos casos, las normas de derecho supletorio, es preciso integrar su contenido, de manera que se vaya más allá de lo que estuvo o pudo estar en la conciencia de las partes en el momento de la conclusión, pero que la buena fe exige se considere dentro del contenido negocial; porque al ser normalmente normativa, su actuación tiene lugar a través de la integración de la voluntad negocial, salvo cuando actúa en materia interpretativa.

La buena fe al actuar sobre el contenido del negocio-contrato refleja sobre la relación obligacional su influencia, que se materializa en la incorporación de nuevos deberes y derechos que, en general, inciden sobre su actuación conjunta por las partes, pudiendo dar lugar,

en el caso de que se produzca o no una patología dinámica, a que se configure una situación de "incumplimiento" o "cumplimiento inexacto", según sea el caso.

Han sido primigeniamente los alemanes los que han configurado, o reconstruido, el contenido de la obligación sobre la base de un razonamiento basado en "círculos concéntricos" que se hacen gradualmente más amplios en relación con el núcleo, constituido por el deber principal de prestación (*Hauptleistungspflicht*), de acuerdo a las siguientes directrices:

a) Necesidad para el deudor del cumplimiento de todos aquellos actos que, aunque no específicamente comprendidos en el deber principal de prestación, aparecen instrumentalmente indispensables para la actuación de este (*Nebenleistungspflichten*).

b) Necesidad para cada una de las partes de evitar que el llamado "contacto social" el cual da vida a la relación obligacional, importe una daño para la persona o el patrimonio de la otra parte (*Sicherungs e Shadenverhutungspflichten*).

c) Necesidad para ambas partes de respetar el objetivo a que se dirige la relación antes que a sus particulares exigencias (*Rucksichtspflichten*).

d) Necesidad para cada una de las partes de una cooperación recíproca a fin de que la actuación de la relación se desarrolle lo más ágilmente posible y en el modo más ventajoso para ambas (*Mitwirkungspflichten*).

Sin más preámbulo, vayamos a lo central del comentario.

2. Acerca de las obligaciones objetiva y subjetivamente complejas. Criterios de distinción. Tipologías principales

Para un adecuado entendimiento de la naturaleza de las obligaciones solidarias debemos considerar su pertenencia al género, evidentemente más amplio, de las denominadas obligaciones subjetivamente complejas, que se diferencian de las obligaciones objetivamente complejas.

Existen obligaciones objetivamente simples y objetivamente complejas. Las primeras son aquellas que presentan una sola prestación y, si en la obligación está presente una cosa material, se refieren a una sola cosa: por ejemplo, la compraventa de un determinado bien, la ejecución de un determinado servicio; las segundas, en cambio, son aquellas para las cuales en la relación pueden intervenir –bajo varios perfiles y con diversa eficacia– más de una prestación (o una prestación con varios objetos que, por lo demás, ciertamente constituye también ella una hipótesis de pluralidad de prestaciones, incluso del mismo tipo). La complejidad objetiva se refiere a la prestación: en lugar de una sola prestación se prevén varias prestaciones diversas (ROPPO, p. 262), que aunque pueden ser idénticas conforman una pluralidad que incide sobre su calificación jurídica.

Las obligaciones objetivamente complejas, a su vez, se subdistinguen en *cumulativas*, *alternativas* y *con facultad alternativa* (RUBINO, p. 1). En resumen, las obligaciones cumulativas, llamadas también acumulativas, son aquellas en la que existe una pluralidad de prestaciones a las que el deudor, en conjunto, se encuentra comprometido y que deben ser ejecutadas en su totalidad para su liberación. Las obligaciones alternativas son aquellas en las que, estando comprometidas dos o más prestaciones, se permite al deudor liberarse solo con la ejecución de una de ellas, concentrándose la obligación en esta última en virtud de una elección efectuada por el propio deudor cuando no ha sido concedida al acreedor o a un tercero, que incluso puede ser el juez. Por último, las obligaciones con facultad alternativa (o

facultativas) tienen por objeto una sola prestación, pero el deudor tiene la facultad de liberarse "ejecutando" una prestación distinta: se permite al deudor modos diversos para propender a su liberación, refiriéndose a las modalidades de cumplimiento, y se hace posible el paso de uno a otro modo de ejecución sin que exista una mutación objetiva (RESCIGNO, p. 684).

Acudiendo a una simple lógica –y recurriendo a un razonamiento que podría ser tildado de superficial–, si se acepta la clasificación de las *obligaciones objetivamente complejas* –reseñada a nivel legislativo (art. 1161 y ss. del Código Civil)–, sería también oportuno que se regule legislativamente, como en efecto se ha concretado aunque de manera parcial, a la categoría de las *obligaciones subjetivamente complejas*, sea indirecta o directamente (ello se aprecia en los arts. 1172 al 1204 del Código Civil). Estas vienen caracterizadas por la concurrencia de una pluralidad de sujetos en la misma parte de la relación, es decir, todos como deudores o acreedores, lo que podría dar lugar a que ellas se denominen como "obligaciones con pluralidad subjetiva" (CARBONI, p. 129).

Sobre tal orientación, calificada como simplista, se ha afirmado que el elemento discriminante está individualizado en la pluralidad de deudores: subjetivamente simples son aquellas en las cuales interviene un solo sujeto como deudor y un solo sujeto como acreedor. En las obligaciones subjetivamente complejas, en cambio, interviene una pluralidad de sujetos (es decir, dos o más) en la misma parte de la relación, es decir, como deudores y/o como acreedores; aquello sirve y es suficiente para distinguirlas de las obligaciones subjetivamente simples (RUBINO p. 130).

Ante ello, se debe poner de relieve que la problemática de las obligaciones subjetivamente complejas se centra, no tanto en la constatación fenoménica de una pluralidad de sujetos, sino, más bien, en los grados de conexión entre dicha pluralidad de sujetos que conforman, en conjunto y en la misma posición, cada uno de los polos de la relación obligacional. En esta orientación está la exigencia de distinguir las obligaciones subjetivamente complejas de la hipótesis, bastante más amplia, que está al extremo opuesto respecto a aquella: las obligaciones subjetivamente simples, pues dicha hipótesis está también compuesta por todos aquellos casos en los que frente a un único acreedor se sitúan varios deudores con otras tantas obligaciones, y entre estas corre una conexión, pero diferente y más tenue que en las obligaciones subjetivamente complejas (RUBINO p. 131). El ejemplo concreto lo tendríamos en una pluralidad de ventas que tengan el mismo objeto, así, el caso en que se adquiera, por una pareja de recién casados, los muebles para el dormitorio, el comedor y la sala a distintas tiendas que conocen de la operación conjunta y que se ven constreñidos a efectuar ciertas coordinaciones circunstanciales (p. e. el momento de la entrega).

La reconducción de las obligaciones solidarias en la más vasta categoría de las obligaciones subjetivamente complejas hace inevitable, como va quedando claro, su comparación con otras figuras similares: las obligaciones *estrictamente* (GIORGIANNI, 1968, p. 676) parciarias (mancomunadas para nuestro Código Civil) y las obligaciones indivisibles. Nótese que, en un concepto amplio, la parciaridad englobaría a la solidaridad, ya que solo en las *relaciones externas* cada uno de los deudores deberá –y cada uno de los deudores tendrá derecho de recibir– el todo, es decir, la suma de las diversas prestaciones, mientras que ello no ocurriría *necesariamente* en las relaciones internas.

En las obligaciones *estrictamente* parciarias la relación obligacional, en el mismo momento en que se origina, se escinde automáticamente en tantas singulares vinculaciones como deudores o acreedores se hallen involucrados en la *fattispecie* generadora, cada una de las cuales recae sobre la parte correspondiente de la prestación debida, teniendo cada una como objeto

a una parte de aquella que potencialmente se habría constituido como una prestación única. El débito o crédito, según sea el caso, se encuentra distribuido entre los distintos sujetos *pro quota*, por lo que cada deudor no está obligado más que a cumplir en cuanto a su cuota, y lo mismo cada acreedor no puede exigir o recibir más que en cuanto a su parte. En cambio, en la obligación solidaria se tiene que varios deudores están obligados a una misma prestación de modo que cada uno de ellos pueda ser llamado a ejecutarla enteramente y el cumplimiento de uno libere a todos los demás (solidaridad pasiva); o cuando (solidaridad activa) entre varios acreedores cada uno de ellos puede exigir la prestación entera y el cumplimiento conseguido por uno solo de ellos libera al deudor también respecto de los demás (BARBERO p. 18).

Por otro lado, las obligaciones indivisibles son caracterizadas por la naturaleza de la prestación deducida; la bipartición establecida entre obligaciones divisibles e indivisibles encuentra apoyo en las características objetivas referidas a la propia naturaleza de la prestación. Debe acotarse que se ha discutido que las obligaciones indivisibles puedan ser incorporadas a la categoría de las obligaciones subjetivamente complejas porque aquellas (las indivisibles) pueden configurarse, a la vez, como parciarias o solidarias, e incluso como obligaciones subjetivamente simples. En otros términos, mientras la solidaridad se refiere a un aspecto del vínculo, impidiendo la parciaridad en las relaciones externas entre *parte* acreedora y deudora, la categoría de la indivisibilidad se apoya en el aspecto objetivo de la prestación; de esto se deduce que, en rigor, las obligaciones indivisibles podrían ser excluidas del género de las obligaciones subjetivamente complejas (RUBINO, p. 133), sin perjuicio de su disciplina legislativa específica que podría regular zonas comunes entre ambas figuras obligacionales.

Al examinar la teoría de las obligaciones subjetivamente complejas podemos desarrollar los conceptos de "contitularidad" y "condébito", que responden al fenómeno de la condivisión de un mismo bien entre un grupo de sujetos. Con base en esta impostación teórica se resuelve la fenomenicidad de las obligaciones solidarias, en el sentido de poder encontrar sus particularidades dentro del grupo de las obligaciones subjetivamente complejas, problemática que se resuelve en la enumeración de sus elementos configurativos.

3. El concepto de obligación solidaria. Cuestiones previas. Matices generales y orientaciones doctrinales

Desde una perspectiva dogmática –que desde hace tiempo, y a pesar de todo, hemos decidido mantener hasta sus últimas consecuencias–, el "atributo" de la solidaridad viene vinculado necesariamente al fenómeno de la "obligación", cumpliendo frente a este una función especificativa. De ello se deduce cómo sería absolutamente incongruente el definir a la "obligación solidaria" a través de términos extraños al género de pertenencia, como podría darse si se acude, por decir, a la responsabilidad denominada "solidaria".

Se ha señalado que las obligaciones solidarias tienen como uno de sus elementos característicos la concurrencia de una pluralidad de sujetos, cualquiera de los cuales, puede cumplir o exigir la prestación debida, liberando o efectivizando el débito o el crédito según se trate de una solidaridad pasiva o activa, atendiendo a que la pluralidad se constate en el plano de la parte deudora o acreedora. El efecto esencial y más característico de las obligaciones solidarias, es decir, la posibilidad de que el cumplimiento sea solicitado por entero a un solo deudor o por un solo acreedor, se presenta como un efecto especial solo cuando los deudores o los acreedores son más de uno, ya que en las obligaciones parciarias solo resulta exigible la parte correspondiente a cada sujeto involucrado.

Desde el punto de vista inicialmente asumido, la pluralidad de sujetos, más que un elemento, debería enfocarse como un presupuesto (de tal efecto), porque no se coloca dentro de la obligación, sino fuera de ella y se revela antes de su existencia.

Más sustancial es la referencia a la necesidad de que la obligación solidaria haya sido originada por una fuente única (unicidad del título). Para que se califique una obligación como solidaria es necesario que, con respecto a la pluralidad de deudores o acreedores, dicha obligación surja de un mismo hecho jurídico, o al menos, se señala, de hechos coaligados con nexos tales que hagan que ellos puedan ser considerados como un complejo unitario frente al efecto que de él deriva; dicho razonamiento es vital para entender, dentro de la fenomenología de las obligaciones solidarias, el hecho de que en ellas la prestación es considerada idéntica para cada deudor o acreedor, de lo que se deduce que el cumplimiento en ellas es alternativo, es decir, basta solo la verificación de uno para la extinción de la obligación solidaria con respecto a todos los sujetos vinculados.

También es importante señalar que las obligaciones solidarias se caracterizan por una identidad prestacional. Así, se ha señalado que, en la sistemática de las obligaciones solidarias, la prestación es considerada bajo el perfil, no ya estático y descriptivo, sino dinámico y prescriptivo; lo que se revela en el mismo momento extintivo de la obligación: la prestación de cada obligado tiene una misma valoración, no porque todos los obligados están constreñidos a un mismo comportamiento, sino porque basta con la verificación de una de las prestaciones para la satisfacción del interés del acreedor, originando la consecuencial extinción de la obligación. De ello se desprende que el elemento unificante de la prestación se concreta en el ***único interés creditorio***; la unicidad del interés está expresada en el programa obligatorio con la previsión de una pluralidad de prestaciones alternativamente configuradas, de tal manera que el cumplimiento de una tenga completa eficacia liberatoria. Solo puede haber un cumplimiento con eficacia liberatoria. Aquí se debe aclarar que las prestaciones pueden objetivamente ser distintas, pero deben guardar, por lo menos, equivalencia, ya que cuando la doctrina se refiere a la identidad de prestaciones, como ya se dejó entrever, hace alusión al fenómeno de la *identidad satisfactiva*, en el sentido de que cualquiera de ellas (prestaciones) puede satisfacer el interés del acreedor y extinguir la obligación. La fórmula típica, dirigida a poner énfasis sobre la identidad prestacional, se convierte y explica en la equivalencia de las mismas. Pareciera que se tratara de una sola relación obligacional que se manifiesta a través de una pluralidad de sujetos legitimados a cumplir una prestación idéntica: al haber una sola prestación no resulta viable sustentar la existencia de una pluralidad de obligaciones. Por ello, la solidaridad ha sido vista como una forma de coaligación funcional, que implica la presencia de un interés unitario (común) perseguido por cada uno de los sujetos que conforman la pluralidad inherente a este fenómeno obligatorio.

4. El alcance del artículo 1183 del Código Civil: la denominada exclusión de presunción de solidaridad

Hechas las puntualizaciones dogmáticas "legalmente extrínsecas" sobre la obligación solidaria, pues nuestra normativa ha guardado silencio al respecto, comentemos, brevísimamente, el contenido del artículo 1183 del Código Civil, cuyo contenido regula uno de los aspectos de alcance práctico más importante en torno al tema que nos ocupa: me refiero a la exclusión de la presunción de solidaridad.

Técnicamente no nos encontramos frente a una presunción, sino a una regla general y a su eventual excepción, cuya especificación puede generar cierta incertidumbre considerando

que la redacción del artículo no es muy clara para tal efecto. En tal dirección, debe precisarse que la solidaridad solo se da cuando esta ha sido prevista expresamente, sea en la ley o en el título de la obligación (que nosotros podemos llamar hechos originarios y que generalmente se identifican con negocios jurídicos). Hay quien ha llevado el tema al campo de los principios para afirmar que no es lo mismo *principio de no presunción de solidaridad* que *principio de presunción de no solidaridad.* En el primer aspecto significa que el legislador, al regular las obligaciones con pluralidad de sujetos, no acogió el principio de que estas debieran constituir la regla general, para atraer a su régimen el mayor número posible de obligaciones. Significa que la solidaridad no se presume, pero, de suyo, tampoco significa que se presuma la mancomunidad. Significa, así, dejar las cosas donde están, no resolver nada al respecto. En el segundo aspecto significa que hay una "presunción" pero negativa: la de que tales obligaciones no son solidarias. Tampoco propiamente que sean mancomunadas (SANCHO REBULLIDA, pp. 569-570).

En el caso de que no se haya especificado el régimen de pluralidad de sujetos escogido, tal y como lo hemos visto, serán de aplicación las normas que regulan las obligaciones mancomunadas, no sin cierta dificultad en nuestro ordenamiento, en tanto el artículo comentado solo excluye que pueda presumirse o inducirse la vigencia de un régimen solidario cuando este no ha sido previsto (lo que, en el fondo, indicaría que el legislador habría renunciado a las ventajas de comodidad y garantía para el crédito, inherentes a la solidaridad); por ende, sería preferible, ante la variada gama de "obligaciones subjetivamente complejas", según se ha visto, el dejar al intérprete la posibilidad de individualizar *in concreto* frente a qué categoría nos encontramos. Conectado a lo anterior, se debe añadir que hay autores que señalan que el término "forma expresa" no supone necesariamente que la declaración deba ser expresa, mejor dicho *literal*, requiriéndose que tal opción, efectuada en los casos en que la solidaridad tiene fuente negocial, pueda ser directamente inducida de la conducta integral de las partes involucradas, aunque, en estas hipótesis, casi siempre se recurra a la utilización de la teoría de la voluntad hipotética, tan duramente criticada en el ámbito del derecho privado.

La problemática de que si la solidaridad resulta aplicable a las "obligaciones" nacidas de la responsabilidad extracontractual no resulta ya de mayor interés en cuanto el artículo 1983 del Código Civil, la ha establecido *literalmente.*

DOCTRINA

AMORTH. L'obbligazione solidale. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1959; BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967, T. V; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis De los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BETTI, Emilio; GALGANO, Francesco; SCOGNAMIGLIO, Renato; FERRI, Giovanni Battista. Teoría general del negocio jurídico. Cuatro estudios fundamentales. Traducción del italiano de Leysser León Hilario, ARA Editores, Lima, 2001; BIGLIAZZIGERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fé de Bogotá, 1992; BUSNELLI, Francesco Donato. L'obbligazione soggettivamente complessa. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1990; CARBONI, M Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno. UTET, Torino, 1912; COSTANZA, María. Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede. Dott. A. Giuffrè Editore Milano, 1989; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del contratto, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1967; Id. Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200) en Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin Tratado de Derecho Civil. Traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona,

1979; FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. La buena fe. El principio general en el Derecho Civil. Editorial Montecorvo, Madrid, 1984, FERRI, Luigi. La autonomía privada Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GIORGIANNI, Michele. Voce "Obbligazione solidale e parziaria" en Novissimo Digesto Italiano. Directo da Antonio Azara e Ernesto Eula, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 1968, XI; Id. L'inadempimento Dott. A. Giuffrè Editore, terza edizione, Milano, 1975; MESSINEO, Francesco Manual de Derecho Civil y Comercial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, T. VII; NATOLI, Ugo. L'attuazione del rapporto obbligatorio en Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974, vol. XVI, t. 1, Id., La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio en Studi sulla buona fede Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1975; ORLANDI, Mauro. La responsabilitá solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993; RESCIGNO, Pietro Manuale del diritto privato italiano Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROMANO, Salvatore Voz "buona fede" en Enciclopedia del Diritto Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959 T. V; ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 4a. ed. Bolonia, Edizioni Monduzzi, 2001; RUBINO, Domenico. Delle obbligazioni (Art. 1285-1320), en Commentario al Codice Civile a cura de Scialoja e Branca. Nicola Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos en Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Traducción de Agustín Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

JURISPRUDENCIA

PLENO CASATORIO

Se puede exigir a cada uno de los deudores o acreedores por el total de la obligación solidaria

Las obligaciones solidarias son obligaciones con pluralidad de sujetos, que consiste en que existiendo varios deudores o acreedores, de una prestación que, pudiendo ser divisible, se puede exigir a cada uno de los deudores o acreedores por el total de ella, de manera que efectuado o recibido por uno de ellos, extingue toda la obligación respecto del resto ***(Cas. Nº 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 50).***

CORTE SUPREMA

Definición de la obligación solidaria

La solidaridad prevista en la norma en comento está dada por la existencia de una sola obligación de varios deudores, cada uno de ellos obligado por el íntegro de la deuda frente al acreedor, lo que representa para este último (acreedor-víctima o deudores de la víctima) la posibilidad de elegir contra cuál de los responsables dirige su acción y para el juez la obligación de determinar un único monto indemnizatorio. Para establecer la solidaridad entre los responsables, la norma citada ha determinado que aquel que pagó la totalidad del monto indemnizatorio tenga derecho a solicitar repetición de lo desembolsado a los demás autores del daño en la proporción que les corresponda, pretensión que solo puede hacerse valer luego de haberse hecho efectivo el pago y en un proceso distinto ***(Cas. Nº 1912-2015-Lima).***

La solidaridad debe ser expresa, pues las consecuencias resultan ser graves

{E}l artículo 1183 (...) establece que la estipulación de la solidaridad sea expresa; en este sentido el Código sustantivo remarca e impone la necesidad de la declaración expresa, puesto que los efectos que emergen de la solidaridad son de tal gravedad, sobre todo tratándose de la solidaridad pasiva, que es medida plausible de tal exigencia. La Ley General de Sociedades establece expresamente los casos en que existe responsabilidad solidaria, tal es el caso de los numerales 18 (responsabilidad de los otorgantes o administradores por la demora en la inscripción de actos y acuerdos a que se refiere el artículo 16), 40 (responsabilidad de administradores por reparto de utilidades en contravención de lo dispuesto en el mismo artículo), 69 (responsabilidad de los fundadores cuando no avisan oportunamente que se ha producido causal de extinción de la sociedad), 81 (responsabilidad del cesionario de la acción no pagada íntegramente), 89 (responsabilidad de los copropietarios de acciones), 177 (responsabilidad de directores por acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave), 191 (responsabilidad del gerente con los miembros del directorio), 265 (responsabilidad de los socios de las sociedades colectivas) y 278 (responsabilidad de los socios colectivos en las sociedades en comandita) ***(Cas. N° 1538-2005-Lima).***

Modalidades de obligación solidaria

Artículo 1184.- *La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.*

Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo.

Concordancias:
C.C. arts. 171 y ss., 178

LUIS BARDALES SIGUAS

Previamente a entrar en el análisis del dispositivo legal mencionado, es importante señalar que este tiene su precedente nacional en el Código Civil de 1936.

1. Antecedente legislativo en el Código Civil de 1936

Como se puede observar en el texto del Código Civil de 1936, el artículo 1211 establece expresamente lo siguiente:

> "Artículo 1211.- La solidaridad podrá existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones"(1).

Es claro que el texto del artículo 1211 del Código Civil de 1936 es replicado en la esencia del primer párrafo del artículo 1184 del Código Civil de 1984. De este modo, en ambos textos se hace alusión a que la solidaridad "podrá existir" o en todo caso "no queda excluida", aun cuando frente a un caso de solidaridad activa, solidaridad pasiva o solidaridad mixta, se hubiese pactado para alguno de los deudores o acreedores el establecimiento de una modalidad del acto jurídico o alguna otra condición contractual diversa a la de sus pares.

2. Antecedente legislativo en otros ordenamientos jurídicos

Sobre los antecedentes legislativos del artículo bajo comentario, el legislador del Libro de Obligaciones del Código Civil ha señalado expresamente que "el artículo 1184 tiene origen en el artículo 1211 del Código Civil de 1936, cuyas normas son similares a los artículos 1201 del Código Francés, 1140 del Código Español, 512 del Código Portugués, 1569 del Código Colombiano, 1222 del Código Venezolano, 1393 del Código Uruguayo y 1201 del Código Dominicano"(2). En tal sentido, el artículo 1201 del *Code Civil* en su texto de 1804 señala expresamente lo siguiente:

> "Article 1201
>
> L'obligation peut être solidaire, quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au paiement de la même chose; par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point accordé à l'autre"(3).

(1) El texto del Código Civil peruano de 1936 se puede ubicar en el siguiente enlace: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf>.

(2) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones*. Octava edición, Grijley, Lima, 2007, p. 105.

(3) El texto del *Code Civil* de 1804 se puede ubicar en el siguiente enlace: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=22A97F95D7E106F05B4BC434B8E17BD8.tplgfr32s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165586&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=19901002>.

Si se observa la redacción del artículo 1201 del *Code Civil*, este dispositivo claramente se ha trasladado a nuestro actual artículo 1184, no obstante, es de interés la forma en que el dispositivo francés hace referencia a la fijación de condiciones o plazos solo como un ejemplo de tantos que puede implicar la fijación de un pacto de solidaridad con distintos modos de regulación. En tal sentido, se señala que "la obligación puede ser solidaria, aunque uno de los deudores esté obligado al pago de la misma cosa, de forma diferente de otro" y luego señala que esta situación se puede dar "por ejemplo si uno está obligado condicionalmente en tanto que la obligación del otro es pura y simple, o si a uno se le ha puesto un término que no ha sido acordado con el otro". Esta redacción ejemplificativa no ha sido importada en nuestro Código Civil, puesto que se hace referencia directa a la categoría de modalidades, en modo general, aun cuando es claro que dentro de las modalidades se encuentran los casos de la condición y el plazo.

Por otro lado, podemos apreciar el tenor del artículo 512 del Código Civil portugués, el cual regula en su segundo párrafo un precepto de contenido muy parecido a nuestro artículo 1184. De este modo, dicho dispositivo señala lo siguiente:

"Artigo 512

1. A obrigação é solidária, quando cada um dos devedores responde pela prestação integral e esta a todos libera, ou quando cada um dos credores tem a faculdade de exigir, por si só, a prestação integral e esta libera o devedor para com todos eles.

2. A obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de os devedores estarem obrigados em termos diversos ou com diversas garantias, ou de ser diferente o conteúdo das prestações de cada um deles; igual diversidade se pode verificar quanto à obrigação do devedor relativamente a cada um dos credores solidários"(4).

Como se puede apreciar del texto citado, se hace referencia a que "la obligación no deja de ser solidaria por el hecho de que los deudores estén obligados en términos diversos", y luego se hace una referencia a diversos aspectos vinculados a la relación obligatoria, pero no referidos específicamente a modalidades. En tal sentido, se señala que "la obligación no deja de ser solidaria (...) con diversas garantías, o el contenido de los beneficios de que cada uno de ellos sea diferente". En tal sentido, la norma portuguesa tiene un espíritu bastante parecido al francés, puesto que se hace referencia a una serie de aspectos de la relación obligatoria y no únicamente al caso de la modalidad. Diferente nuevamente al tenor de nuestro 1184, que hace referencia directa al caso de las modalidades, lo que podría hacer pensar que se refiere únicamente al caso de las modalidades del acto jurídico reguladas por el título V del Libro II del Código Civil de 1984.

3. Antecedente legislativo en el *Codice Civile* italiano de 1942 y análisis del artículo 1184 del Código Civil

Conforme apreciamos en la cita de los antecedentes legislativos del artículo 1184 del Código Civil peruano, el legislador hace mención a una serie de ordenamientos jurídicos, entre ellos el francés, portugués, español, colombiano, venezolano, uruguayo y dominicano. No obstante, también podemos encontrar un tenor legal parecido en el *Codice Civile* italiano de 1942, el mismo que detalla en su artículo 1293 la repercusión legal que tiene en una relación

(4) El texto del Código Civil portugués se puede ubicar en el siguiente enlace: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>.

obligatoria solidaria la fijación de diferentes modalidades. De este modo se establece expresamente lo siguiente:

> "Art. 1293.- Modalità varie dei singoli rapporti.
>
> La solidarietà non è esclusa dal fatto che i singoli debitori siano tenuti ciascuno con modalità diverse, o il debitore comune sia tenuto con modalità diverse di fronte ai singoli creditori".

Respecto del propio antecedente del artículo 1293 italiano, se señala que "el Código Civil de 1865 desarrollaba expresamente los ejemplos en los cuales la obligaciones de uno de los codeudores está condicionada y la del otro es simple, o bien un deudor tiene un término para pagar que no es concedido al otro (art. 1187). La norma tomaba como modelo el Código francés (art. 1201)"(5). Como se aprecia, por consiguiente, el artículo 1293 del Código italiano es bastante parecido al tenor del primer párrafo del artículo 1184 del Código Civil en la medida en que se refiere nuevamente a la no exclusión de la solidaridad por la fijación de modalidades diferentes en casos de solidaridad activa, pasiva o mixta. En tal sentido, procederemos a analizar el contenido del artículo 1184 de nuestro Código Civil, diferenciando para ello entre el primer y segundo parágrafo del mencionado artículo, y tomando en cuenta lo que señala la doctrina italiana sobre su artículo 1293.

Respecto del primer párrafo del artículo 1184, se señala que "el precepto es consecuencia de la pluralidad de sujetos activos o pasivos que intervienen en una obligación solidaria. Los codeudores o coacreedores pueden obligarse por plazos distintos, o unos en forma pura y otros bajo condición"(6). Igualmente, en términos de fundamento de la norma se explica que "lo previsto por el citado artículo 1184 no alterará la situación de solidaridad de la obligación pactada, porque, como lo decía Manuel Augusto Olaechea, la solidaridad es una modalidad que solo se refiere al vínculo y no a la naturaleza intrínseca de la prestación; agrega el citado jurista que, precisamente por eso, porque la modalidad solidaria no va al fondo, ella puede existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados de la misma manera, requiriéndose únicamente la unidad de objeto de la prestación"(7).

Al respecto, nos parece de interés la fundamentación que hace Bianca del artículo 1293 del *Codice*, teniendo en cuenta el principio de identidad de la prestación que subyace a la relación obligatoria pasiva. En tal sentido, se señala que "otro presupuesto de la solidaridad pasiva es el de la identidad de la prestación. Identidad de la prestación, quiere decir que todos los deudores están obligados por la misma prestación, es decir, que la prestación tiene el mismo contenido para todos"(8). A continuación, y en referencia a la fijación de distintas modalidades para cada codeudor, se señala expresamente que "la identidad de la prestación no excluye que cada uno de los codeudores se obliguen con modalidades diversas (1293 cc). Las modalidades diversas pueden referirse al tiempo, al lugar y a otros aspectos o circunstancias que no alteren la sustancia identidad del bien o del servicio debido"(9). Igualmente sobre los diferentes aspectos que se comprenden bajo la categoría de modalidades, Perlingieri citando a Rubino señala que "las modalidades diversas (...) comprenden todas aquellas posibilidades, con el único límite que no sea afectado el requisito de la prestación idéntica para todos

(5) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile.* Volume IV. La obligazione, Dott A. Giuffrè, Milano, 1990, p. 706.
(6) OSTERLING PARODI, Felipe, Ob. cit., p. 105.
(7) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones.* Palestra, Lima, 2008, p. 330.
(8) BIANCA, Massimo, Ob. cit., p. 706.
(9) Ídem.

los coacreedores o para todos los codeudores: diversamente no habrá solidaridad, en el sentido que puede tratarse de una vinculación más tenue entre las varias obligaciones o de una obligación alternativa no solo en cuenta al objeto sino también en relación a los sujetos"[10].

Claramente, la decisión de algunos deudores o de algunos acreedores de someter la eficacia de la obligación a la verificación de una condición o de un plazo tiene como fuente la predominancia de la autonomía privada, en cuanto capacidad de las partes para determinar una autorregulación de sus relaciones obligatorias que satisfaga de forma más adecuada sus particulares intereses dada la celebración del negocio jurídico. En tal sentido, por ejemplo, en el caso de la fijación de una condición suspensiva para que, verificada la condición, uno de los específicos deudores responda solidariamente, puede obedecer al interés de este deudor de obligarse al pago solidario, pero solo frente un escenario que le sea favorable y que este a su vez asociado con la naturaleza de la operación. Así, por ejemplo, podría tratarse de un sujeto que quiere ser copropietario en la compra de un inmueble, no obstante no cuenta con los recursos necesarios para afrontar dicho pago, por lo cual puede sujetar la vinculación con la obligación solidaria a la consecución de un préstamo financiero por igual o mayor cantidad al monto pactado en el contrato. Si el sujeto consigue el préstamo financiero, podrá cumplir con el pago solidario y, por tanto, también ser copropietario en conjunción con los demás obligados. Si el sujeto no consigue el mencionado préstamo, no entrará en ningún caso en la obligación solidaria, ni por tanto tampoco formará parte de la copropiedad, conforme se acuerde en el negocio fuente. Claramente, aquí no solo su posición de deudor estaría sujeta a condición suspensiva sino también la de acreedor, en términos de cocomprador del inmueble. La misma lógica podría generarse para el caso de un plazo suspensivo, pactado pensado en que el sujeto cuya obligación se encuentra sometida a esta modalidad requiere un mayor tiempo para cumplir cabalmente con la obligación, por lo que se instituye un plazo de eficacia que le dé un mayor tiempo para reunir los recursos necesarios, de tal modo que antes del vencimiento del plazo no se le pueda exigir el pago y no incurra en incumplimiento. Mejor aún, este podría ser el real motivo por el que el codeudor acepta entrar en la relación obligatoria, puesto que de obligarse eficazmente no podría cumplir, las partes pueden aceptar darle este especial privilegio contractual a diferencia de los otros codeudores que deberán pagar una vez vencido el plazo de pago. A este respecto, es fundamental diferenciar el plazo de pago meramente vinculado a la fecha de cobro de una obligación ya eficaz, del plazo suspensivo, modalidad que supedita la propia eficacia del negocio a la verificación del hecho cierto y futuro.

Por otro lado, el legislador peruano también ha señalado sobre las modalidades que comprende el artículo 1184 que "el modo, la condición o el plazo, son elementos que no alteran el carácter solidario que pueda revestir una relación obligacional"[11]. Es claro que el legislador podría haber considerado que las modalidades a las que hace referencia el artículo 1184 corresponden a las modalidades reguladas en el Libro II del Código Civil correspondiente a la regulación del acto jurídico, estas son: la condición (suspensiva o resolutoria), el plazo (suspensivo o resolutorio) y el modo. Al respecto, conforme ya lo hemos analizado en el ejemplo desarrollado de forma previa, la condición o el plazo, sean suspensivos o resolutorios, pueden pactarse respecto de uno de los coacreedores o codeudores solidarios.

Respecto del segundo parágrafo del artículo 1184 del Código Civil, este establece que en el caso en el que, dentro de la relación plurisubjetiva, uno de los vínculos obligatorios esté afectado por un caso de condición suspensiva o de plazo suspensivo, el cumplimiento de esta

(10) PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Libro quarto, Utet, Torino, 1980, p. 198.

(11) OSTERLING PARODI, Felipe, Ob. cit., p. 105.

obligación no podrá ser exigido al específico deudor con el que se había pactado alguna de estas modalidades, siendo por tanto que la exigibilidad de la obligación para el deudor solamente se producirá cuando se verifique la condición suspensiva o cuando se verifique el plazo suspensivo. A este respecto se señala como ejemplo el siguiente: "[S]upongamos que dos deudores se han obligado solidariamente frente a un acreedor común al pago de 40 000 nuevos soles. El primero deberá pagar el 1 de setiembre, mientras que el segundo deberá hacerlo el día 1 de octubre. Es claro que la circunstancia de haberse pactado un plazo suspensivo no alterará el hecho de que la obligación sea íntegramente exigible al primer deudor el 1 de setiembre"[12]. El ejemplo resulta ilustrativo, no obstante, es importante poner de relieve que el segundo párrafo del artículo 1184 hace referencia a plazos suspensivos, en términos de modalidad del acto jurídico, y no se refiere al plazo de vencimiento de la obligación. Aun así, es claro por lo ya señalado en el presente comentario que también se pueden pactar diferentes plazos de vencimiento de la obligación para cada uno de los deudores solidarios, conforme al primer párrafo del artículo 1184 del Código Civil.

No obstante, es importante que se haya hecho referencia explícita a este escenario, consideramos que, aun cuando el segundo parágrafo no hubiera sido incorporado, la regulación habría sido la misma, puesto que cuando nos encontramos frente a una condición suspensiva o un plazo suspensivo, la eficacia del negocio jurídico se sujeta a la verificación de un hecho futuro e incierto en el primer caso, y a la verificación de un hecho futuro y cierto en el segundo, por lo cual, pactada la modalidad respecto de uno de los codeudores solidarios, se entiende que para este el negocio jurídico, fuente de la relación obligatoria solidaria, aún se encuentra en un escenario de ineficacia y, por tanto, no hay una situación jurídica de obligación que lo constriña a cumplir con la obligación solidaria. Esta situación jurídica solo se producirá para aquel una vez que se verifique el hecho futuro materia de la condición o del plazo. La cuestión produce un mayor interés si tomamos en cuenta lo establecido en el artículo 1404 del Código Civil en lo referente al análisis de la validez del negocio sujetado a una condición. De este modo, el dispositivo aludido señala lo siguiente:

> "Artículo 1404.- La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo".

Es decir, para el caso en que uno de los codeudores cuya obligación se encuentre afectada por una condición suspensiva o plazo suspensivo, la validez del negocio jurídico fuente de la obligación todavía no se ha corroborado en la totalidad de sus requisitos, puesto que el artículo 1404 impone que cuando un contrato está sujeto a una condición o a un plazo suspensivo, la licitud del fin (numeral 3 del artículo 140) así como la posibilidad física y jurídica del objeto (numeral 2 del artículo 140) se evalúan al momento en que se cumple la condición o se vence el plazo. Por lo que podría darse el caso de que en el momento en que se cumple la condición o se vence el plazo al cual estaba afectada la obligación del codeudor solidario, el fin pactado en el negocio deviene ilícito o la prestación imposible, con lo cual el codeudor solidario afectado por la modalidad estaría ante un negocio jurídico nulo y no tendría, por tanto, mayor obligación que cumplir. Esto podría resultar un poco confuso, puesto que para los deudores solidarios no afectos a modalidad, la validez del negocio ya habría sido analizada y corroborada al momento de la celebración, mientras que para el codeudor solidario con obligación modal, la validez no se ha habría evaluado en su totalidad. Esta interpretación, no obstante, merece mayor estudio, puesto que resulta bastante difícil teóricamente

(12) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, Ob. cit., p. 331.

considerar que un mismo negocio es válido, en un momento, para unos deudores y, en otro, inválido para los restantes.

Otra anotación de importancia es señalar que si bien el codeudor solidario afecto a un plazo suspensivo solo estará obligado al pago solidario una vez vencido el plazo, si este paga la totalidad de la deuda solidaria antes de dicho vencimiento, no podrá repetir el pago efectuado, puesto que a esta clase de escenarios se aplica lo dispuesto por el artículo 180 del Código Civil, el mismo que al respecto señala expresamente lo siguiente:

> "Artículo 180.- El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición".

En tal medida, si el deudor solidario bajo modalidad paga antes del vencimiento del plazo, no puede repetir, salvo que demuestre que desconocía la fijación del plazo. Esta solución es sustancialmente opuesta a la regulada para el caso de la obligación afecta a condición suspensiva, pues en este caso, el deudor puede repetir lo pagado, conforme lo señala el artículo 173 del Código Civil, el mismo que establece de forma expresa lo siguiente:

> "Artículo 173.- (...) El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria".

La lógica de la diferencia de regulaciones estriba en la certidumbre o incertidumbre del hecho futuro materia del plazo y de la condición, respectivamente. De este modo, siendo que en el plazo, el hecho a verificar es un hecho futuro y cierto, es claro que el codeudor solidario afecto a modalidad tendrá que pagar cuando se venza el plazo, lo cual ocurrirá indefectiblemente, por lo cual que pague antes o ahora no cambiaría el estado final de la deuda (salvo que el sujeto incurra en insolvencia, con lo cual la deuda se castigará). Muy diferente es el caso de la condición, puesto que en esta el hecho futuro es incierto, por lo cual el propio hecho podría nunca verificarse y el codeudor solidario no se convertiría nunca en un verdadero deudor, por lo cual que pague anticipadamente a la verificación del hecho materia de la condición constituye un desplazamiento patrimonial que puede quedar sin justificación, si es que el hecho materia de la condición jamás se produce, razón por la cual se le ha otorgado al deudor en el caso de la condición suspensiva, el derecho de repetir siempre el pago efectuado de forma anticipada.

DOCTRINA

BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Volume IV. La obligazione, Dott A. Giuffrè, Milano, 1990; OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones. Octava edición, Grijley, Lima, 2007; OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra, Lima, 2008; PERLINGIERI, Pietro. Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro quarto, Utet, Torino, 1980.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Posibilidad de que la solidaridad se geste en obligación con montos distintos

{De Trazegnies, menciona que el} "artículo mil ciento ochenta y cuatro del Código Civil dispone que la solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor. Por consiguiente, si los codeudores solidarios pueden obligarse por plazos distintos, o unos en forma pura y otros bajo condición, ¿por qué no pueden obligarse por montos distintos, con limitaciones en cuanto al alcance de su responsabilidad? De ese orden de ideas, no vemos tampoco inconveniente alguno para que el asegurador responda solidariamente frente a la víctima con el responsable directo hasta por un monto determinado en la póliza; el exceso es obligación exclusiva del responsable directo" (Cas. N° 3886-2007-Piura).

Pago del deudor en caso de solidaridad activa

Artículo 1185.- ***El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado solo por alguno.***

Concordancias:
C.C. arts. 1224, 1225

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ

La *solidaridad activa* se caracteriza por el hecho de que cada acreedor está facultado para exigir la totalidad del pago al deudor común. La obligación se extingue por el pago que realiza el deudor a cualquiera de los acreedores que él elija. El deudor puede llegar a la consignación si el acreedor elegido rehusa a recibir el pago. Es decir, la solidaridad activa está instituida en favor del deudor.

Cualquiera de los acreedores está facultado para exigir y, si es necesario, demandar judicialmente el pago del total de la deuda, y el deudor tiene el derecho de pagar la deuda a cualquiera de los acreedores que él elija, aun después de ser demandado por uno de los acreedores.

La facultad del deudor de ejecutar la prestación al acreedor que él elija no puede ser afectada por el hecho de que uno de los acreedores haya demandado judicialmente el pago. El acreedor elegido no puede rechazar el pago, salvo que este sea parcial o defectuoso.

El Código Civil de 1936, siguiendo el principio de la prevención, propiciado por Pothier, recogido en el artículo 1198 del *Code Napoleon,* prescribió: artículo 1212. "El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero si hubiese sido demandado por alguno, a este deberá hacer el pago". Igual solución contiene el Código Civil chileno (art. 1513), el colombiano (art. 1570), el italiano (art. 1296)[1]. De acuerdo con esta regla el deudor tiene la facultad de pagar a cualquiera de los acreedores con tal que no haya sido demandado por uno de ellos, caso en el que solo puede pagarle al que demandó. Nuestro Código vigente se aparta de esta solución, y creemos que hace bien, porque con ella se desvirtúa la solidaridad convirtiéndola en una simple, y se contraviene el principio según el cual la solidaridad activa se establece en beneficio del deudor y no de los acreedores.

Nuestro Código tiene una solución similar al BGB que tampoco acepta que cualquier acreedor pueda ejercer la prevención: artículo 428. "Si varios estan legitimados para exigir una prestación de modo que cada uno puede exigir la entera prestación pero el deudor solo está obligado a cumplir una vez la prestación (acreedores solidarios), el deudor puede prestar a su discreción a cada uno de los acreedores. Ello rige también si uno de los acreedores ya ha interpuesto una demanda a la prestación".

Cuando se habla de pago se entiende que el deudor puede extinguir la obligación por cualquier medio equivalente como la novación, condonación, compensación, confusión y dación en pago.

(1) Código Civil italiano: Art. 1296. "Elección del acreedor para el pago. El deudor tiene la opción de pagar a uno u otro de los acreedores solidarios, cuando todavía no ha sido requerido por uno de ellos mediante demanda judicial.

Como explica León Barandiarán[2], pagada la obligación íntegramente a uno de los acreedores solidarios, los demás tienen el derecho a exigir de aquel la parte proporciónal respectiva que a cada uno corresponde en el crédito, salvo convención en sentido distinto. Si la obligación se resuelve o anula para uno de los acreedores, su parte no puede acrecer la de los otros. El deber de repartir del acreedor que recibió el pago no existe solamente cuando ha recibido la totalidad del *debitum* sino, en general, cuando haya recibido una parte que exceda a la parte proporciónal que le correspondía.

En conclusión, conforme a la norma en examen, en la solidaridad activa el deudor puede pagar a uno o a otro de los acreedores, a su libre elección, aun cuando hubiese sido demandado solo por alguno.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal y otros. Derecho de las Obligaciones. Civiles y Comerciales. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil. Tomo III: Teoría general de las obligaciones. Traducido por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Reus, Madrid, 1924; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo II-A: Clasificación de las obligaciones. Perrot, Buenos Aires, 1982; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Vol. II: Obligaciones. Modalidades y efectos. Ediar, Buenos Aires, 1956; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Teoría general de las obligaciones. Vol. I, Pacífico Editores, Lima, 2014.

(2) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano.* Vol. II: Obligaciones. Modalidades y efectos. Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 134.

Acción del acreedor contra cualquiera de los deudores. Solidaridad pasiva

Artículo 1186.- ***El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.***

Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo.

Concordancias:
C.C. art. 1176

Luis Bardales Siguas

Previo a entrar en el análisis del dispositivo legal mencionado, es importante señalar que este tiene su precedente nacional en el Código Civil de 1936.

1. Antecedente legislativo en el Código Civil de 1936

Como se puede observar en el texto del Código Civil de 1936, el artículo 1213 establece expresamente lo siguiente:

> "Artículo 1213.- El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.
>
> Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo"[1].

Como se puede apreciar, de un simple cotejo entre el artículo 1213 del Código Civil de 1936 y del artículo 1186 Código Civil de 1984, es claro que nuestro actual artículo 1186 simplemente ha reiterado en su tenor el mismo texto que tenía el artículo 1213 de nuestro Código Civil precedente. Sobre el artículo 1213 del Código Civil de 1936 Jorge Eugenio Castañeda señalaba expresamente que "es lícito que el acreedor pueda dirigir su acción contra todos los deudores solidarios conjuntamente, escoger dentro de todos los deudores a alguno o a algunos, aceptar un pago parcial. Empero, en este último caso, los demás deudores no estarán obligados a satisfacer todo el crédito, sino el saldo, porque de otro modo el acreedor se enriquecería indebidamente. El fundamento de lo que decimos reside en que la solidaridad ha sido instituida en beneficio del acreedor; él entonces puede renunciar a ella y exigir la prestación a prorrata. Estas ideas están contenidas en el artículo 1213 del Código Civil"[2].

Igualmente refería que "en buenos principios, la demanda contra uno de los deudores solidarios no impide la demanda contra los otros en tanto que la deuda no hubiere sido satisfecha. De nada sirve que alguno de los codeudores solidarios posteriormente demandados deduzca la excepción de pleito pendiente. De otro lado, tampoco es aceptable la teoría de que la demanda conjunta contra todos o varios de los deudores solidarios importa la renuncia de

(1) El texto del Código Civil peruano de 1936 se puede ubicar en el siguiente enlace: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf>.

(2) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil.* Tomo I, Teoría General de las Obligaciones. Talleres Gráficos Villanueva, Lima, 1957, p. 257.

la solidaridad y que la obligación deberá dividirse entre todos, desde que la ley expresa que el acreedor puede dirigirse contra todos ellos simultáneamente"[3].

2. Antecedente legislativo en otros ordenamientos jurídicos

Sobre los antecedentes legislativos del artículo bajo comentario, el legislador del Libro de Obligaciones del Código Civil ha señalado expresamente que "el artículo 1186 se inspira en los artículos 1200, 1203 y 1204 del Código Napoleónico, 1144 del Código de España, 421 del Código alemán, 571 y 572 del Código colombiano, 1226 del Código venezolano, 1557 y 1558 del Código ecuatoriano, 1514 y 1515 del Código chileno, 1548 y 1550 del Proyecto de 1891, 596 del Proyecto Sánchez de Bustamante y 748 del Anteproyecto Ossorio"[4].

A efectos de observar la impronta legal de las normas mencionadas, procedemos al citado de algunas de ellas. En tal sentido, resulta de interés apreciar lo señalado por el artículo 1200 del *Code Civil* en su texto de 1804, el mismo que, al respecto, establece expresamente lo siguiente:

> "Article 1200
>
> Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier"[5].

El artículo 1200 del texto original del *Code Civil* nos parece de interés puesto que su técnica legislativa está más cercana a una descripción de la solidaridad, caracterizada como un régimen en el cual los deudores son obligados a una "misma cosa", de modo tal que cualquiera de aquellos puede ser constreñido a la totalidad del pago, y dicho pago, hecho por cualquiera de aquellos, libera a los demás respecto del crédito solidario. De igual modo, resulta de interés el citado del artículo 1203, del referido cuerpo normativo, el cual señala al respecto:

> "Article 1203
>
> Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de división".

Por otro lado, el artículo 1204 completa el panorama estableciendo, en forma expresa, lo siguiente:

> "Article 1204
>
> Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres".

Igualmente tenemos el artículo 421 del Código Civil alemán, el mismo que respecto de la obligación solidaria señala expresamente lo siguiente:

(3) Ibídem, p. 258.
(4) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Octava edición, Grijley, Lima, 2007, p. 106.
(5) El texto del *Code Civil* de 1804 se puede ubicar en el siguiente enlace: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=22A97F95D7E106F05B4BC434B8E17BD8.tplgfr32s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165586&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=19901002>.

"§ 421 Gesamtschuldner

Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern.

Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet"(6).

Por otro lado, podemos apreciar el tenor del artículo 512 del Código Civil portugués, el cual regula en su primer párrafo un precepto de contenido muy parecido a nuestro artículo 1186. De este modo, dicho dispositivo señala lo siguiente:

"Artigo 512

1. A obrigação é solidária, quando cada um dos devedores responde pela prestação integral e esta a todos libera, ou quando cada um dos credores tem a faculdade de exigir, por si só, a prestação integral e esta libera o devedor para com todos eles.

2. A obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de os devedores estarem obrigados em termos diversos ou com diversas garantias, ou de ser diferente o conteúdo das prestações de cada um deles; igual diversidade se pode verificar quanto à obrigação do devedor relativamente a cada um dos credores solidários"(7).

Habiendo descrito brevemente algunos antecedentes legislativos de nuestro artículo 1186 procedamos al análisis de su contenido.

3. Antecedente legislativo en el *Codice Civile* italiano de 1942 y análisis del artículo 1184 del Código Civil

Conforme apreciamos en la cita de los antecedentes legislativos del artículo 1184 del Código Civil peruano, el legislador hace mención a una serie de ordenamientos jurídicos, entre ellos el francés, español, alemán, colombiano, venezolano, ecuatoriano y chileno. No obstante, también podemos encontrar un tenor legal parecido en el *Codice Civile* italiano de 1942 el mismo que detalla en su artículo 1292 la noción del régimen de la solidaridad. De este modo se establece expresamente lo siguiente:

"Art. 1292.- Nozione della solidarietà

L'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori".

Este artículo es bastante parecido al tenor del artículo 1200 del *Code Civil* en la medida en que se describe la misma noción de solidaridad, referida a la solidaridad existente entre varios deudores y la liberación de todos cuando uno de aquellos haya cumplido con el pago

(6) El texto del Código Civil alemán se puede ubicar en el siguiente enlace: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>.

(7) El texto del Código Civil portugués se puede ubicar en el siguiente enlace: <https://www.igac.gov.pt/documents/ 20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>.

de la totalidad de la obligación. No obstante, esta descripción de la solidaridad corresponde al escenario de la solidaridad pasiva, es decir, aquella que se produce en una relación obligatoria conformada por un solo acreedor y una pluralidad de deudores. Ahora bien, el artículo 1292 del *Codice Civile* agrega a esa descripción francesa el caso de la solidaridad activa, presente en una relación obligatoria en la cual nos encontramos frente al caso de un solo deudor y una pluralidad de acreedores, señalándose que, al darse esta situación, el pago del deudor a cualquiera de los acreedores solidario lo libera respecto de los demás.

Al poseer el artículo 1292 un tenor bastante parecido al del artículo 1200 del *Code*, y ser esta inspiración de nuestro actual artículo 1186, procedemos a analizar el contenido del referido precepto legal sirviéndonos para tal efecto de lo señalado por la doctrina italiana respecto de su artículo 1292. A este respecto conforme ya hemos venido señalando, la relación obligatoria solidaria, en función de la singularidad o pluralidad de los miembros que componen la parte acreedora, la parte deudora o ambas puede ser clasificada en 3 tipos, que son los siguientes:

- *Relación obligatoria solidaria pasiva*, aquella en la cual existe un solo sujeto dentro de la parte acreedora y una pluralidad de sujetos dentro de la parte deudora.

Parte acreedora	Parte deudora
O	O
	O
	O

- *Relación obligatoria solidaria activa*, aquella en la cual existe un solo sujeto en la parte deudora y una pluralidad de sujetos dentro de la parte acreedora.

Parte acreedora	Parte deudora
O	O
O	
O	

- *Relación obligatoria mixta*, aquella en la que encontramos una pluralidad de sujetos en la parte acreedora y una pluralidad de sujetos en la parte deudora

Parte acreedora	Parte deudora
O	O
O	O
O	O

Como se puede apreciar el artículo 1186 de nuestro Código Civil regula únicamente el escenario de la relación obligatoria pasiva. En tal sentido, se señala que "hay solidaridad pasiva cuando la prestación debida por varios deudores puede ser íntegramente exigida a cualquiera de ellos. Se trata, en consecuencia, de una obligación única a cargo de varios deudores, de suerte que uno cualquiera puede ser obligado a efectuar el pago íntegro, liberatorio para todos con relación al acreedor (...) Este tipo de solidaridad se encuentra regulado en el artículo 1186"[8]. Al respecto, tomando en cuenta los antecedentes legislativos analizados,

(8) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra, Lima, 2008, p. 333.

hubiera sido de mayor conveniencia desarrollar un precepto legal que contenga las diversas formas de solidaridad, tales como el artículo 512 del Código Portugués, así como el artículo 1292 del *Codice Civile* italiano. No obstante, es importante señalar que la solidaridad activa, se encuentra regulada en nuestro artículo 1185 el cual señala de forma expresa lo siguiente:

> "Artículo 1185.- El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado solo por alguno".

Respecto del fundamento de la relación obligatoria solidaria pasiva la doctrina italiana ha señalado que "la función de la solidaridad pasiva es la garantía del acreedor. El vínculo solidario, precisamente, está dirigido a volver más fácil y segura la realización del derecho del acreedor. Esta función se muestra tanto en las obligaciones negociales como en aquellas derivadas de un hecho ilícito. Si el ilícito es causado por varias personas, la posibilidad del acreedor de dirigirse a uno o al otro responsable por el pago íntegro de la obligación, vuelve más segura la satisfacción de su derecho en cuanto que el resarcimiento del daño puede ser integralmente conseguido, aun cuando no todos los responsables sean solventes: cada codeudor soporta el riesgo de la insolvencia del otro"(9). De igual modo se agrega que "la solidaridad pasiva evita además al acreedor la molestia de ejercitar una pretensión por cada deudor y por su respectiva cuota"(10).

Respecto del fundamento de la relación obligatoria solidaria activa la doctrina italiana ha señalado que "de modo diferente a la solidaridad pasiva el vínculo de solidaridad activa no tiene una función abstractamente identificable en razón del interés de una o de la otra parte. La solidaridad activa aventaja al deudor porque le permite liberarse ejecutando la prestación íntegra en favor de uno de los coacreedores, cualesquiera que sean las cuotas de participación atribuibles a cada uno de los coacreedores"(11). A ello se agrega que "la solidaridad activa podría representar en concreto una desventaja para los acreedores. Luego del pago, el crédito hacia el deudor originario se convierte en el crédito por cuotas dirigido hacia el acreedora que ha recibido el pago, y esto podría, en la vía de los hechos, convertir en menos fácil y segura la realización del derecho"(12).

Respecto del último parágrafo del artículo 1186, este establece que la acción entablada por parte del acreedor contra uno de los deudores no excluye procesalmente la posibilidad de que dicho acreedor pueda interponer todas las acciones que considere conveniente contra los demás codeudores solidarios, a efectos que estos cumplan con pagar el íntegro de la deuda. Esta norma se comprende tomando en cuenta que mientras sobre la base del primer proceso iniciado no se cumpla con efectuar el pago íntegro en favor del acreedor este puede buscar el mismo pago en otros procesos contra los demás codeudores solidarios, pues podría suceder, incluso, que alguno de los procesos iniciados posteriormente contra otro de los codeudores solidarios termine resolviéndose positivamente con el pago de la obligación solidaria. En tal sentido, solamente, cuando con base en algunos de los procesos planteados se consiga el pago íntegro de la prestación comprometida en términos de solidaridad, los demás procesos, sean estos iniciados con anterioridad o posterioridad, quedarán sin sustento, por lo que se producirá su conclusión inmediata al haberse extinguido la obligación solidaria mediante el mecanismo del pago.

(9) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile.* Volume IV La obligazione, Dott A. Giuffre, Milano, 1990, p. 695.
(10) Ídem.
(11) Ibídem, 696.
(12) Ídem.

A este respecto, también es de interés resaltar que "si bien es cierto que se le puede exigir el íntegro a cualquiera de los deudores de la prestación, no es menos cierto que el o los acreedores no tienen la obligación de cobrar ese íntegro. Los acreedores podrían aceptar un pago fraccionado, a menos que se desnaturalice la prestación"[13]. Igualmente en el caso de aceptar un pago fraccionado "al acreedor le convendría efectuar una reserva en el recibo, pues de lo contrario el cobro implicaría una renuncia a la solidaridad, respecto de ese deudor"[14]. Finalmente, como es evidente si uno de los deudores cumple con efectuar el pago de la obligación solidaria, dentro de la relación interna entablada con los otros codeudores solidarios, estos quedarán obligados para con aquel a efectuar el pago de la parte de la deuda que le corresponde conforme a su cuota de participación en la obligación solidaria.

DOCTRINA

BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Volume IV La obligazione, Dott A. Giuffre, Milano, 1990; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I, Teoría General de las Obligaciones. Talleres Gráficos Villanueva, Lima, 1957; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Octava edición, Grijley, Lima, 2007; OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra, Lima, 2008.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Se puede dirigir la pretensión de cobro contra los fiadores solidarios

El Banco demandado conforme al artículo 1186 del Código Civil, decidió dirigir la demanda de ejecución contra los fiadores solidarios, porque la sociedad conyugal era garante hipotecaria de las obligaciones asumidas por la empresa demandante. Se advierte que no se afecta la esfera patrimonial de la mencionada empresa, por tanto, la solicitud que realiza esta para que, en este proceso sobre indemnización de daños, se tengan en consideración los pagos a cuenta destinados a amortizar la deuda, contiene un imposible jurídico, por cuanto ya fueron materia de análisis ***(Cas. N° 861-2014-Arequipa).***

El acreedor tiene el derecho de exigir el cumplimiento de la prestación a cualquiera de sus codeudores solidarios

El artículo 1186 del Código Civil, establece el supuesto de la acción del acreedor contra la solidaridad pasiva, de tal manera que: "el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo", de tal manera que el acreedor común puede exigir a todos los deudores conjuntamente el pago de la obligación o bien escoger a cualquiera de los deudores para que le pague el integro de la obligación, originándose de ello relaciones internas entre el deudor que pagó y los demás obligados y en donde el deudor que pagó puede repetir el cobro de la parte que corresponda; siendo que es un efecto esencial de la solidaridad que el acreedor pueda dirigirse contra alguno de los deudores o contra todos ellos (...) ***(Cas. N° 920-2007-Lima).***

Puede requerirse el cumplimiento de la obligación a todos los deudores solidarios

La demanda ha sido planteada de tal manera que los codemandados respondan solidariamente; por tanto, al haberse declarado fundada, sin reservas en tal extremo, debe entenderse que hay solidaridad de todos los codemandados en el pago ordenado en la sentencia de mérito ***(Cas. N° 340-2007-Lima).***

(13) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 335.
(14) Ídem.

Transmisión de obligación solidaria

Artículo 1187.- *Si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.*
Regla similar se aplica en caso de muerte de uno de los acreedores solidarios.

Concordancias:
C.C. arts. 660, 1218, 1349 párr. 2°, 1363

Luis Bardales Siguas

Previo a entrar en el análisis del dispositivo legal mencionado, es importante señalar que este tiene su precedente nacional en el Código Civil de 1936.

1. Antecedente legislativo en el Código Civil de 1936

De este modo, como se puede observar en el texto del Código Civil de 1936, el artículo 1217 establece expresamente lo siguiente:

> "Artículo 1217.- Si muriese uno de los deudores solidarios, dejando herederos, cada uno de estos no estará obligado a pagar sino en proporción a la cuota que le corresponda en la herencia, salvo si la obligación fuese indivisible; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores"(1).

Es claro que el texto del artículo 1217 del Código Civil de 1936 es replicado al menos en su primera parte en el artículo 1187 del Código Civil de 1984. De este modo, en ambos textos se señala expresamente que en caso muriese uno de los deudores solidarios, y este hubiese dejado herederos, la deuda del deudor solidario se transferirá a la esfera jurídica de sus herederos, no obstante, este traslado de responsabilidad será en proporción a la cuota de participación que le corresponda a cada heredero en la masa sucesoria. A este respecto, frente a la interrogante de si la muerte de uno de los codeudores solidarios, en aplicación del artículo 1217, producía la extinción de la solidaridad respecto de los herederos, Jorge Eugenio Castañeda señalaba que "la solidaridad pasiva no se transmite a los herederos de un codeudor"(2). Como veremos en los siguientes parágrafos esta afirmación puede ser morigerada en la medida en que si bien los herederos, una vez fallecido el causante, ya no tienen el deber de pagar el íntegro de la obligación solidaria, sí les es exigible el pago, en términos solidarios, de la parte de la deuda total (y no de la deuda que correspondía a la cuota del codeudor fallecido en la relación interna) que corresponda a su participación en la herencia.

2. Antecedente legislativo en otros ordenamientos jurídicos

Sobre los antecedentes legislativos del artículo bajo comentario, el legislador del Libro de Obligaciones del Código Civil ha señalado expresamente que "el precepto encuentra su origen en los artículos 712 del Código argentino [de Vélez Sarsfield], 905 del Código brasileño de 1916, 1993 y 1998 del Código mejicano, 1580 del Código colombiano, 1204 del Código

(1) El texto del Código Civil peruano de 1936 se puede ubicar en el siguiente enlace: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf>.

(2) CASTAÑEDA , Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil.* Tomo I. Teoría General de las Obligaciones. Talleres Gráficos Villanueva, Lima, 1957.

dominicano, 1395 del Código Uruguayo, 1523 del Código Chileno, 1566 del Código Ecuatoriano y 436 del Código Boliviano"[3].

Un tenor legal distinto al de nuestro artículo 1187 se puede apreciar en el Código Civil portugués de 1966 cuyo artículo 515 regula tanto el supuesto del fallecimiento de uno de los deudores solidarios como el de uno de los acreedores solidarios y las consecuencias de dicho deceso para los herederos y la relación obligatoria. De este modo, dicho dispositivo señala lo siguiente:

"Artigo 515. Herdeiros dos devedores ou credores solidários

1. Os herdeiros do devedor solidário respondem colectivamente pela totalidade da dívida; efectuada a partilha, cada co-herdeiro responde nos termos do artigo 2098.
2. Os herdeiros do credor solidário só conjuntamente podem exonerar o devedor; efectuada a partilha, se o crédito tiver sido adjudicado a dois ou mais herdeiros, também só em conjunto estes podem exonerar o devedor"[4].

Como se observa se establece que previo a la partilha los herederos responden colectivamente por la totalidad de la deuda. Una vez efectuada la partilha responden conforme lo establecido por el artículo 2098 el mismo que señala expresamente lo siguiente:

"Artigo 2098. Pagamento dos encargos após a partilha

1. Efectuada a partilha, cada herdeiro só responde pelos encargos em proporção da quota que lhetenha cabido na herança.
2. Podem, todavia, os herdeiros deliberar que o pagamento se faça à custa de dinheiro ou outros bens separados para esse efeito, ou que fique a cargo de algum ou alguns deles.
3. A deliberação obriga os credores e os legatários; mas, se uns ou outros não puderem ser pagos integralmente nos sobreditos termos, têm recurso contra os outros bens ou contra os outros herdeiros, nos termos gerais".

Conforme se aprecia del dispositivo legal citado, solo una vez efectuada la partilha, los herederos responden en proporción a sus participaciones en la herencia. Es claro que esta regulación es de un carácter distinto a la desarrollada en nuestro artículo 1187, puesto que el modo en que se configura el traslado *mortis causa* de la obligación se ve afectada por la institución de la partilha, mientras que en nuestro ordenamiento la distribución de porcentajes entre herederos (respecto de la masa sucesoria) se produce de forma automática con la muerte del causante. En tal sentido, habiendo revisado brevemente la regulación portuguesa, procedamos al análisis de nuestro artículo 1187 tomando en cuenta para ello también su antecedente italiano.

3. Antecedente legislativo en el *Codice Civile* italiano de 1942 y análisis del artículo 1187 del Código Civil

Conforme apreciamos en la cita de los antecedentes legislativos del artículo 1187 del Código Civil peruano, el legislador hace mención a una serie de ordenamientos jurídicos,

(3) OSTERLING PARODI, Felipe, *Las Obligaciones*. Octava edición, Grijley, Lima, 2007, p. 108.
(4) El texto del Código Civil portugués se puede ubicar en el siguiente enlace: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>.

entre ellos el argentino, el brasileño, el mexicano, el colombiano, el dominicano, el uruguayo, el chileno, el ecuatoriano y el boliviano. No obstante, también podemos encontrar un tenor legal bastante parecido en el *Codice Civile* italiano de 1942, el mismo que en su artículo 1295 establece de forma expresa la repercusión legal de la muerte de uno de los deudores solidarios o de uno de los acreedores solidarios y el modo en que la obligación solidaria o el crédito solidario se transfiere a los herederos de aquel. De este modo se establece expresamente lo siguiente:

> "Art. 1295.- Divisibilità tra gli eredi
>
> Salvo patto contrario, l'obbligazione si divide tra gli eredi di uno dei condebitori o di uno dei creditori in solido, in proporzione delle rispettive quote".

Este artículo es bastante parecido al tenor del primer párrafo del artículo 1187 del Código Civil en la medida en que procede a determinar una regulación legal para el caso de la muerte de uno de los codeudores o coacreedores solidarios, y especifica el modo en que los herederos de estos pasarán a tener la titularidad de la deuda o crédito solidario de su causante. En tal sentido, procederemos a analizar el contenido del artículo 1187 de nuestro Código Civil a partir de lo señalado también por la doctrina italiana respecto de su artículo 1295.

Así, respecto del contenido del artículo 1187, es importante efectuar la distinción entre dos grupos de codeudores, por un lado, los codeudores solidarios originales, es decir aquellos que asumieron la obligación solidaria derivada de la fuente original, por ejemplo, un contrato de compraventa en virtud del cual 4 personas, se obligan a efectuar un pago de modo solidario; y por otro lado, los codeudores herederos, es decir aquellos que participan de la solidaridad, en la medida en que son sucesores de uno de los codeudores originales. La repercusión de la distinción es importante, toda vez que con la muerte del deudor solidario la solidaridad tendrá un tratamiento distinto para cada uno de los grupos de codeudores solidarios. De este modo, respecto de los codeudores solidarios originales, se señala que "con la regla contenida en el artículo 1187 (...) el acreedor puede exigir el íntegro de la obligación a cualquiera de los codeudores primitivos, pues el fallecimiento de alguno de ellos no hace desaparecer la solidaridad respecto a los demás"[5].

En tal sentido, es claro que el fallecimiento de uno de los codeudores solidarios no modifica de ningún modo la obligación de los demás codeudores originales de responder, a solicitud del acreedor, por la totalidad de la prestación comprometida conforme a las reglas de la solidaridad. No ocurre lo mismo con los herederos del deudor solidario, quienes, colocándose en la posición de nuevos codeudores, responden en los términos establecidos por el artículo 1187. De este modo, se señala que el acreedor solidario "también puede exigir el íntegro de la prestación a los herederos del deudor fallecido, pero en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia"[6]. A este respecto, en la Exposición de Motivos del Código Civil se señala sobre el artículo 1187 "que la norma consagra, en suma, que la solidaridad, sea activa o pasiva, no se transmite a los herederos"[7].

No obstante, esta afirmación sobre la no transmisión de la solidaridad por la muerte del codeudor no parece tan adecuada, puesto que sí se traslada a la esfera de los herederos una

(5) OSTERLING PARODI, Felipe. Ob. cit., p. 108.
(6) Ídem.
(7) COMISIÓN ENCARGADA DE ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. *Código Civil Exposición de motivos y comentarios del Código Civil.* Compilado por Delia Revoredo de Debakey. Tercera edición, Tomo V, Lima, 1988, p. 354.

deuda solidaria, cuyo valor se toma a partir del monto total de la deuda original, y no del monto que le correspondería parcialmente al causante (por su cuota en la relación interna), por lo que en todo caso, se estaría trasladando la solidaridad (en términos de exigibilidad de la deuda a cualquiera de los codeudores o de pago a cualquiera de los acreedores), pero con un monto parcial de la deuda original, determinado en base a la cuota de participación de los herederos en la masa sucesoria. De este modo se señala respecto del artículo 1295 del *Codice Civile* italiano que "por efecto de esta norma, cada uno de los coherederos en la relación externa deviene acreedor o deudor en los límites de su cuota hereditaria, **pero no con referencia a la cuota interna de crédito o de deuda del de *cuius*, porque si así fuere, la obligación devendría parciaria en la relación externa, cosa que la ley quiere excluir**, sino más bien con referencia al crédito o deuda original, correlativamente, siempre en la relación externa, el originario codeudor o coacreedor supérstite permanece como tal, en cuanto a la íntegra prestación"[8].

En todo caso, y efectuando un juego de palabras también se podría decir que estamos ante una extinción parcial de la solidaridad. En tal sentido, se señala que "**el vínculo solidario se disuelve parcialmente cuando al codeudor o coacreedor suceden los herederos a causa de muerte.** En tal caso, encuentra aplicación el principio de la división de la obligación y de los créditos entre los herederos en proporción de sus respectivas cuotas. **El principio, expresamente reafirmado en la disciplina de la solidaridad (1295 cc), comporta que los herederos asumen la posición de deudor o de acreedor solidario que tenía el ya difunto, pero en los límites de su propia cuota hereditaria**"[9].

A efectos de ejemplificar, en modo práctico, cómo opera el artículo 1295 del *Codice Civile* (y, por lo tanto, también, nuestro artículo 1187) Massimo Bianca coloca un caso hipotético. Así digamos que "el difunto, por ejemplo, estaba obligado por 100 millones de forma solidaria con otro codeudor. Al difunto le suceden dos herederos en partes iguales, cada uno de los cuales es obligado por la mitad de la deuda solidaria. El acreedor, por consiguiente, podrá solicitar al uno o al otro el pago de 50 millones, mientras el segundo codeudor continuará estando obligado por 100 millones. En las relaciones internas los dos herederos estarán en cambio obligados por 25 millones (mitad de la cuota que estaba a cargo del difunto)"[10].

Igualmente será de utilidad citar la Cassazione del 10 de junio de 1987, la misma que resuelve un caso de responsabilidad civil en el cual se había producido un accidente ehicular, siendo que uno de los cocausantes había fallecido y se generaba la problemática de si sus herederos debían responder por el íntegro de la reparación civil. En tal sentido, se señala que "haciéndose específica aplicación del principio establecido por la disposición en examen, se ha decidido que los herederos del responsable civil de un accidente automovilístico están obligados a satisfacer la deuda hereditaria (y por consiguiente, la obligación resarcitoria por equivalente pecuniario) en razón de los respectivas cuotas"[11].

Finalmente, consideramos de importancia señalar dos cuestiones de interés asociadas a la aplicación del artículo 1187. La primera vinculada a la importancia de diferenciar el escenario de la transmisión mortis causa de una obligación solidaria de aquel supuesto del escenario

(8) PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Libro Quarto. Utet, Torino, 1980, p. 200.
(9) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Volume IV La obligazione, Dott A. Giuffre, Milano, 1990, pp. 750-751.
(10) Ibídem, p. 751.
(11) AA. VV. *Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile*. Diretta da Rosario Nicolo e Mario Stella Richter, Libro IV Tomo I (art. 1173 - 1320) a cura de Giorgio Stella Richter y Paolo Vitucci. Giuffre Editore, Milano, 1970, p. 1517.

de la transmisión *mortis causa* de una obligación indivisible. Y la segunda cuestión vinculada a la posibilidad de celebrar un pacto en contrario de lo establecido por el artículo 1187.

Respecto de la primera cuestión señalada, consideramos que cuando nos encontramos ante una relación obligatoria solidaria pasiva, es decir una relación obligatoria en la cual la parte deudora se conforma por una pluralidad de deudores, y se produce la muerte de uno de tales codeudores, antes de aplicar lo establecido por el artículo 1187 es necesario determinar previamente si la obligación comprometida es una de carácter divisible o indivisible, puesto que si es una prestación divisible, al prevalecer el régimen de la solidaridad sobre el de la divisibilidad la solución jurídica aplicable sería la referida en el artículo 1187 del Código Civil. No obstante, si la prestación es indivisible resulta de aplicación lo señalado por el artículo 1177 del Código Civil, el mismo que regula la transmisión *mortis causa* de la obligación indivisible, señalándose expresamente que:

> "Artículo 1177.- La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor".

Es decir, cuando fallece uno de los deudores de una obligación indivisible, los herederos ya no pueden cumplir la obligación conforme a su participación en la herencia, sino, por el contrario deben cumplir de modo indivisible la prestación comprometida. En tal sentido, se señala expresamente que "en el supuesto de una obligación indivisible y solidaria, y tal como antes lo señalamos, la indivisibilidad se heredaría y la solidaridad no. Y al no heredarse la solidaridad, la obligación pasaría, por este efecto como mancomunada, razón por la cual al resultar aplicable las reglas de la divisibilidad a las obligaciones mancomunadas, tendríamos la concurrencia de los principios de las obligaciones indivisibles y divisibles. Pero, como resulta evidente, tal concurrencia de ambas categorías sería incompatible y por ello prevalecen las normas de la indivisibilidad"[12]. Igualmente en la Exposición de Motivos del Código Civil se señala que "en esto se distingue la obligación solidaria de la indivisible, la cual por su naturaleza, obliga a cada uno de los herederos del deudor a responder por el íntegro, y autoriza a cada uno de los herederos del deudor a responder por el íntegro, y autoriza a cada uno de los herederos del acreedor a exigir toda la prestación"[13].

Sobre la segunda cuestión referida a la posibilidad de pactar en contrario del artículo 1187, el legislador ha señalado porque omitió colocar de forma expresa la clásica frase "salvo pacto en contrario" (como en cambio, si esta expresada en el *Codice Civile*), señalando que "no se consigna en el precepto, por considerarse innecesario, el agregado del artículo 1295 del Código Italiano, en el sentido de que es posible el pacto en contrario. Parece evidente que, dentro del campo de la autonomía de la voluntad, los codeudores o coacreedores pueden pactar, para el caso de fallecimiento, las normas que regirán la obligación que se ha contraído"[14].

Ahora bien, respecto de la experiencia jurídica italiana, es de interés señalar que sobre la posibilidad de pactar en contra de la transmisión parcial de la obligación solidaria entre el causante y sus herederos, expresamente prevista por el artículo 1295 del *Codice Civile*, se señala que "el vínculo solidario pasivo puede conservarse por entero en la sucesión hereditaria si en tal sentido lo dispone en acuerdo de las partes o la voluntad testamentaria del difundo

(12) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra, Lima, 2008, p. 300.
(13) COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. Ob. cit., pp. 354-355.
(14) OSTERLING PARODI, Felipe. Ob. cit., p. 108.

codeudor"[15]. Igualmente, sobre la calidad de este tipo de pactos se refiere que "la calificación de pacto sucesorio parecería justificada desde que el pacto atribuye al acreedor después de la muerte del deudor un beneficio (la total solidaridad) que de otra manera no le correspondería. Podría objetarse que tal beneficio no consiste en la atribución de un bien hereditario sino en la decisión de fijar más intensamente el vínculo de indivisibilidad de la obligación solidaria"[16]. Respecto de esta lógica, se señala que "debe entonces admitirse ulteriormente que la cláusula pueda ser válidamente colocada incluso para una obligación simple, pactándose que en caso de muerte del deudor los herederos de estos estarán obligados solidariamente hacia el acreedor"[17].

DOCTRINA

AA. VV. Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile. Diretta da Rosario Nicolo e Mario Stella Richter, Libro IV, Tomo I (art. 1173 - 1320) a cura de Giorgio Stella Richter y Paolo Vitucci. Giuffre Editore, Milano, 1970; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Volume IV, La obligazione, Dott A. Giuffre, Milano, 1990; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Teoría General de las Obligaciones. Talleres Gráficos Villanueva, Lima, 1957; COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. Código Civil Exposición de motivos y comentarios del Código Civil. Compilado por Delia Revoredo de Debakey. Tercera edición, Tomo V, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe, Las Obligaciones. Octava edición, Grijley, Lima, 2007; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra, Lima, 2008; PERLINGIERI, Pietro. Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro Quarto. Utet, Torino, 1980.

(15) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 751.
(16) Ibídem, p. 752.
(17) Ídem.

Novación, compensación, condonación y transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios

Artículo 1188.- *La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores. En estos casos las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes:*

1.- En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación.

2.- En la compensación, los codeudores responden por su parte.

3.- En la condonación, se extingue la obligación de los codeudores.

4.- En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciónes resultantes de la transacción.

Concordancias:
C.C. arts. 1189, 1190, 1277, 1288, 1295, 1302

Aníbal Torres Vásquez

El artículo 1188 regula la novación, compensación, condonación y transacción total de la obligación practicada por el acreedor común y uno de los deudores solidarios.

La novación, compensación, condonación y la transacción son medios extintivos de las obligaciones, que cuando han sido realizados entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores. La liberación de uno de los deudores por medio de uno de estos mecanismos propaga sus efectos a los demás codeudores, o sea, todos los codeudores solidarios quedan liberados de la obligación.

Extinguida la obligación por novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor común y uno de los deudores solidarios, en las *relaciones internas* entre codeudores, la obligación se divide en partes iguales, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso (art. 1173)[1].

El que la deuda se divida, significa prácticamente que los otros codeudores deben mantener indemne (salvo en cuanto a su parte personal) al codeudor que ha novado, compensado, condonado o transado, beneficiando a todos y, dogmáticamente, vale como si la deuda tuviese causa única en las solas relaciones entre el acreedor y el grupo de los codeudores, pero no en las relaciones internas entre los codeudores. En otras palabras, el codeudor solidario que haya ejecutado tales actos, tiene el derecho de repetición contra los otros deudores por la cuota respectiva, o sea, que puede repetir de los codeudores por la parte que a estos les corresponde en la obligación; pero puede repetir solamente esa parte[2], porque la solidaridad no se trasmite a las relaciones internas entre las partes.

(1) Código Civil italiano: Art. 1298. Relaciones internas entre deudores o acreedores solidarios. En las relaciones internas la obligacion solidaria se divide entre los diversos deudores o entre los diversos acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos. Las partes de cada uno se presumen iguales, si no resulta otra cosa.

(2) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Tomo IV: Derecho de las Obligaciones. Parte general. Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1989, p. 414.

Para explicar el derecho de repetición en las relaciones entre los codeudores solidarios mismos, sirve el concepto de *comunidad de intereses,* en virtud del cual cada codeudor está obligado a abonar al que realizó los mencionados actos la parte de la deuda que le era propia y que tenía interés en ver extinguida, del modo que fuera, y que el *solvens* ha extinguido[3].

El artículo 1188 regula las relaciones jurídicas surgidas entre el deudor que realizó la novación, o compensación, o condonación, o transacción y sus codeudores, en los siguientes términos:

1. En la novación

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.

La *novación* es una forma de extinción de las obligaciones, por la cual las partes de la relación obligatoria acuerdan sustituir la obligación original con una nueva. Los requisitos de la novación son: 1) la declaración expresa e indubitable de constituir una nueva obligación en lugar de la original; 2) la existencia válida de la obligación primitiva; 2) la constitución válida de la nueva obligación (art. 1277).

La novación puede ser objetiva o subjetiva. Hay *novación objetiva* cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente (art. 1278). Por ejemplo, una persona debe 1000 soles, pero se libera celebrando un nuevo contrato obligándose a pintar un cuadro para su acreedor (prestación distinta a la primitiva); o una persona debe 10,000 como arrendatario de una casa, y acuerda con el arrendador pagar esa suma en un determinado plazo a título de mutuo (prestación a título diferente de la primitiva). La novación objetiva requiere el acuerdo entre acreedor y deudor para sustituir una obligación por otra.

La *novación subjetiva* por cambio de deudor, en la modalidad de expromisión, solo requiere de la voluntad del acreedor y el tercero que se sustituye, y se puede realizar aun en contra de la voluntad del deudor primitivo (art. 1282). En cambio, novación subjetiva por cambio de acreedor requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor (art. 1280). Y la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación requiere además del acuerdo del deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor (art. 1281).

La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores. El deudor que novó queda obligado frente al acreedor a cumplir la nueva obligación. La obligación primitiva se extingue, con todos sus accesorios, para todos los codeudores.

Si bien los codeudores solidarios que no novaron quedan liberados de la obligación primitiva, sin embargo, en sus *relaciones internas* con el deudor que novó, responden frente a este, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación de haber intervenido en ella. Si, por ejemplo, A, B y C deben solidariamente 15,000 soles a X, por razón del precio de un contrato de compraventa, y A acuerda con X novar el íntegro de la obligación, para que ya no se deban 15,000 soles, sino 21,000 a título de préstamo por un determinado plazo. Los codeudores B y C responderán frente a su codeudor A, a su elección, por su parte en la obligación primitiva, o sea, por

(3) Ídem.

5,000 soles cada uno; o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación, es decir, por 6,000 soles cada uno. Evidentemente, los codeudores B y C elegirán pagar a su codeudor A, que efectuó la novación, la cantidad de 5,000 soles cada uno, correspondiente a su parte en la obligación originaria, por ser menor a los 6,000 que correspondería a cada uno en la nueva obligación.

Nada impide que todos los codeudores solidarios acuerden dividirse la obligación con el asentimiento del acreedor, para limitar la novación a uno solo de los deudores, caso en que los otros quedan liberados solamente en la parte de este último. La limitación subjetiva de la novación al deudor que novó significa que las partes no quieren extender los efectos liberatorios de la novación a los otros deudores. Esto sucede normalmente en la asunción de una obligación correspondiente a una cuota de la prestación originaria. En tal caso el deudor que novó debe ejecutar la obligación parcial mientras los otros codeudores están siempre obligados a ejecutar la prestación originaria restando la cuota novada[4]. El Código Civil italiano dispone: Artículo 1300. Novación. La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores. Pero cuando se haya querido limitar la novación a uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados más que en cuanto a la parte de este último. Si ha sido convenida entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la novación tiene efecto frente a los otros acreedores solo en cuanto a la parte del primero.

Si la novación se realiza entre el acreedor y dos o más o todos los codeudores solidarios, para que la nueva obligación sea también solidaria es necesario que así lo estipulen expresamente, puesto que la solidaridad no se presume, sino que debe pactarse expresamente.

2. En la compensación

En la compensación, los codeudores responden por su parte. La *compensación* es un medio extintivo de obligaciones, por el cual se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas y exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra (art. 1288). La compensación opera cuando una persona es simultánea y recíprocamente deudora y acreedora de la otra. Por ejemplo, A debe 100,000 soles a B, por concepto de precio de compraventa de un bien, y B debe 100,000 soles a A por concepto de indemnización de daños y perjuicios. Si ambos créditos cumplen con los requisitos previstos en el artículo 1288, se extinguen por compensación. Otro ejemplo, A debe 100,000 soles a B, y este debe a A 50,000 soles, como consecuencia de la compensación de estas dos deudas, A seguirá debiendo a B solamente 50,000 y la deuda de B se cancela.

Si uno de los codeudores solidarios es también acreedor del acreedor común puede oponer la compensación por las deudas recíprocas, caso en el que las obligaciones se extinguen hasta la concurrencia de sus valores, o lo que es lo mismo, hasta el monto de la menor o de ambas si son iguales. La extinción de la obligación por compensación para uno de los deudores solidarios extingue también la obligación para los demás codeudores solidarios. Pero en las relaciones internas entre el deudor que pagó por compensación y los otros codeudores, estos responden frente al primero por su parte en la obligación primitiva. Por ejemplo, A y B son deudores solidarios de X, por la suma de 20,000 soles, por razón de un contrato de mutuo; si el deudor A es también acreedor de X, por otro concepto, por la suma, igualmente, de 20,000 soles. En este caso, la obligación solidaria de A y B se extingue, el codeudor B, que no compensó, no debe nada al acreedor común, la compensación es total, pero

(4) BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile IV: L'obbligazione*. Giuffrè, Milán, 1990, pp. 728-729.

debe restituir su parte a su codeudor A que compensó, esto es, debe pagar a este 10,000 soles. En cambio, si la obligación solidaria es por 20,000 soles, y el codeudor A es también acreedor de X, pero solo por 10,000 soles, producida la compensación, la obligación solidaria de A y B hacia el acreedor común se reduce a 10,000 soles, la compensación es parcial; pero en la relación interna entre los codeudores, el que no compensó debe pagar su parte al que compensó, o sea, en el ejemplo, B debe pagar a A 5,000 soles.

El BGB dispone: Artículo 422. (2) Un crédito que corresponde a un deudor solidario no puede ser compensado por los demás deudores. También en nuestro derecho el codeudor solidario solamente puede compensar su crédito que tenga contra el acreedor, pero no puede compensar los créditos que correspondan a sus demás codeudores. Pero la compensación total entre uno de los deudores y el acreedor libera a los demás codeudores.

En conformidad con el artículo 1260.1, el codeudor que compensa la deuda se subroga al antiguo acreedor, es decir, los derechos del acreedor se trasmiten del acreedor al deudor que paga por compensación; la obligación con sus accesorios no se extingue, sino cambia de acreedor; "el subrogado (el deudor que pagó por compensación) está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, solo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de estos estaba obligado a contribuir por el pago de la deuda" (art. 1263).

En el caso de la compensación parcial se extingue una fracción de la deuda, y el deudor que compensó adquiere todas las acciones y garantía que el antiguo acreedor tiene frente a sus deudores solidarios, hasta por el monto en que efectivamente se extinguió la obligación. Los deudores que no compensaron pasan de tener un solo acreedor (el antiguo acreedor) a tener dos (el codeudor que por compensación pagó al antiguo acreedor). Para este caso, el artículo 1264 dispone: "Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese solo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción respectiva que se les debiera".

3. En la condonación

En la condonación, se extingue la obligación de los codeudores. La *condonación* es una forma de extinción de las obligaciones, cuando el acreedor libera gratuitamente al deudor de la obligación y el deudor acepta. El artículo 1295 prescribe que "de cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero".

La condonación total de la deuda por acuerdo entre el acreedor común y uno de los deudores solidarios extingue la obligación, incluso para aquellos deudores que no participaron en el acto de condonación.

Como la condonación beneficia a todos los codeudores, el deudor a quien se le hizo la condonación no tiene derecho a repetir contra sus codeudores.

Como no se puede oponer al deudor la obligación de aceptar la condonación, no se le puede privar de su derecho a pagar al deudor que no acepte la condonación

4. En la transacción

En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción.

La *transacción* es un medio de extinción de las obligaciones, por el que las partes haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que ya está iniciado (art. 1312). La transacción puede ser judicial o extrajudicial.

Si uno de los codeudores solidarios transige con el acreedor común por el total de la obligación, esta se extingue no solamente para el que transigió, sino también para todos sus codeudores. Pero en las *relaciones internas* entre el deudor solidario que transigió y sus codeudores que no transigieron, estos están obligados hacia aquellos, 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[5]. Por ejemplo, si A, B y C son deudores solidarios de X, por la suma de 90,000 soles, obligación que para las partes es dudosa o sobre la cual ya se encuentran en litigio; si uno de los deudores solidarios transa con el acreedor común, la obligación se extingue para el deudor que transó y también para los codeudores que no participaron en ella. Todos los deudores quedan liberados frente al acreedor. El monto de la deuda acordado en la transacción puede resultar siendo mayor o menor al que originalmente creían deber los codeudores. Por ello, en las relaciones internas entre codeudores, cada uno de ellos responderá, a su elección, por su parte en la eventual obligación original o por la proporción que le habría correspondido en la cantidad resultante de a transacción. Lógicamente, si los codeudores consideraban que el monto adeudado es menor que el resultante de la transacción, preferirán responder por su parte en dicha cantidad que por la proporción en la suma que resulta de la transacción.

Si algún codeudor solidario no quiere transigir o acogerse a ella, sino prefiere seguir litigando hasta la decisión final, esta lo afectará o beneficiará solamente a él.

El Código presenta una solución similar a la del BGB:

> Artículo 422. *Efectos del cumplimiento.* (1) El cumplimiento por un deudor solidario también es eficaz para los demás deudores. Lo mismo rige para la prestación en lugar del cumplimiento, la condonación y la compensación. Un crédito que corresponde a un deudor solidario no puede ser compensado por los demás deudores.
>
> Artículo 423. *Efecto de la condonación.* Una condonación pactada entre el acreedor y un deudor solidario también es eficaz para los demás deudores si las partes contratantes quisieron dejar sin efecto la entera relación obligatoria.
>
> Artículo 425. *Efecto de otros supuestos.* (1) Los supuestos distintos de los previstos en los artículos 422 a 424 solo son eficaces si no resulta otra cosa de la relación obligatoria, en favor y en contra del deudor solidario en relación con el cual se producen. (2) Ella rige especialmente para la denuncia, la mora, la culpa, la imposibilidad de la prestación en la persona de un deudor solidario, a prescripción, su nuevo comienzo, suspensión y suspensión del vencimiento, la confusión del crédito con la deuda y para las sentencias firmes.

(5) Cas. N° 2057-2008 Lima (01/12/2009): "[Si] en la transacción uno de los codeudores transige sobre el total de la obligación, esta se extingue no solo para aquel, sino también para los demás codeudores; sin embargo, entre el deudor que transigió, y los codeudores se crean relaciones internas por las cuales, cada uno de los codeudores no intervinientes en la transacción, tienen la libertad de elegir si optan por pagar al deudor que transigió, la parte que les corresponda en la obligación primigenia o la prestación que les hubiera correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción".

El Código Civil italiano regula conjuntamente la extinción de la obligación solidaria active y pasiva por medios distintos al cumplimiento en los siguientes artículos:

> Artículo 1300. *Novación.* La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores. Pero cuando se haya querido limitar la novación a uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados más que en cuanto a la parte de este último. Si ha sido convenida entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la novación tiene efecto frente a los otros acreedores solo en cuanto a la partes del primero.
>
> Artículo 1301. *Remisión.* La remisión a favor de uno de los deudores solidarios libera también a los otros deudores, salvo que el acreedor haya reservado su derecho frente a los otros, caso en el cual el acreedor no puede exigir el redito de este, si no detrae la parte del deudor a favor del cual ha consentido la remisión. Si la remisión se hace por uno de los acreedores solidarios, la misma libera al deudor frente a los otros acreedores solo en cuanto a la parte correspondiente al primero.
>
> Artículo 1302. *Compensación.* Cada uno de los deudores solidarios puede oponer en compensación el crédito de un codeudor solo hasta la concurrencia de la parte de este último. A uno de los acreedores solidarios el deudor les puede oponer en compensación lo que se le debe por otro de los acreedores, pero solo en cuanto a la parte de este.
>
> Artículo 1304. *Transacción.* La transacción hecha por el acreedor con uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto de los otros, si estos no declaran querer aprovecharse de ella. Igualmente, si ha tenido lugar entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la transacción no tiene efecto frente a los otros acreedores, si estos no declaran querer aprovecharse de ella.

DOCTRINA

BIANCA, C. Massimo. Diritto Civile IV: L'obbligazione. Giuffrè, Milán, 1990; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil. Tomo III: Teoría general de las obligaciones. Traducido por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Reus, Madrid, 1924; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo II-A: Clasificación de las obligaciones. Perrot, Buenos Aires, 1982; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo IV: Derecho de las Obligaciones. Parte general. Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1989; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Teoría general de las obligaciones. Vol. I, Pacífico Editores, Lima, 2014.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Si la transacción no fue celebrada sobre la totalidad de la deuda, los deudores no quedan liberados

La transacción celebrada solo es por la suma de noventa y nueve mil dólares americanos, y no por el total de la obligación demandada que asciende a la suma de un millón de dólares americanos, en consecuencia, al no haberse celebrado la transacción extrajudicial sobre la totalidad de la obligación demandada, no se puede liberar a los demás codeudores, ya que como anteriormente se ha señalado, ha sido voluntad de los suscribientes celebrar una transacción extrajudicial parcial, por lo que de esta manera, también se ha infraccionado el primer parágrafo del artículo 1188 del Código Civil, al haber sido aplicada dicha norma al proceso ***(Cas. N° 2267-2010-Lima).***

La transacción parcial no libera a todos los deudores

{E}s necesario señalar que el artículo 1188 del Código Civil prescribe que la transacción celebrada entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores, asimismo, el artículo 1189 del Código Civil estipula que si la transacción se hubiera limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan

liberados sino en cuanto a dicha parte, en tal sentido resulta relevante analizar ambas normas sustantivas pues se regula lo relativo a las obligaciones solidarias cuando se está frente a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, en donde se ha demandado el pago solidario de una indemnización a más de una decena de personas. (...) En tal virtud, de lo expuesto en los considerandos anteriores, tenemos que la transacción antes celebrada no contiene un acuerdo sobre la totalidad de la obligación, sino solo respecto de la parte correspondiente a los intervinientes en dicho, acto jurídico, así como aquellos taxativamente señalados en el mismo acuerdo, por tanto, lo hasta aquí expresado no se encuentra dentro del supuesto contemplado en el artículo 1188 del Código Civil, toda vez que dicha transacción no libera a todos los codeudores demandados en el presente proceso judicial, por ende, se concluye que se aplicó indebidamente el precitado artículo 1188, dejando de aplicarse el artículo 1189 del mismo Código (Cas. N° 3458-2009-Lima).

La transacción total libera a todos los codeudores solidarios

{E}l artículo 1188 del Código Civil regula los efectos de la novación, compensación, condonación y transacción respecto de la solidaridad pasiva. Así si en la transacción uno de los codeudores transige sobre el total de la obligación, esta se extingue no solo para aquel, sino también para los demás codeudores; sin embargo, entre el deudor que transigió, y los codeudores se crean relaciones internas por las cuales cada uno de los codeudores no intervinientes en la transacción tienen la libertad de elegir si optan por pagar al deudor que transigió, la parte que les corresponda en la obligación primigenia o la prestación que les hubiera correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción. En suma, cuando se produce la transacción entre uno de los codeudores con el acreedor común sobre el íntegro de la obligación, esta se extingue para todos los codeudores aun cuando no hubieran intervenido en dicho acto que por sí es liberatorio, dado que el acreedor que es el único interesado en tal calidad, ha extinguido la obligación al ser "dueño" exclusivo del crédito, lo ha extinguido por acto practicado con uno de los codeudores (Cas. N° 2057-2008-Lima).

La transacción extrajudicial no alcanza a todos los codeudores si no se celebró sobre la totalidad de la obligación

Al no haberse celebrado la transacción extrajudicial sobre la totalidad de la obligación demandada, no se puede liberar a los demás codeudores, (...) , ha sido voluntad de los suscribientes celebrar una transacción extrajudicial parcial, por lo que se ha infraccionado el primer parágrafo del artículo 1188 del Código Civil, al haber sido aplicada dicha norma al proceso, al no haberse transigido sobre el total de la obligación, por lo que sus efectos no pueden alcanzar a los demás codeudores, como equivocadamente se ha señalado en la recurrida (Cas. N° 617-2010-Lima).

Liberación y extinción parcial de la solidaridad

Artículo 1189.- ***Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte.***

Concordancias:
C.C. arts. 1188, 1221

LUIS BARDALES SIGUAS

1. De la relación existente entre el artículo 1188 y el artículo 1189 y los alcances legales del precepto analizado

A efectos de comprender los alcances del artículo 1189 del Código Civil es fundamental tener en cuenta lo desarrollado en comentario al artículo 1188, toda vez que ambos artículos se encargan de regular el caso de la extinción de la obligación solidaria, por modos de extinción de las obligaciones diferentes al cumplimiento y a la consolidación, siendo que el artículo 1188 se encarga de regular el supuesto de la extinción total mientras el artículo 1189 se encarga de regular el caso de la extinción parcial de la obligación solidaria. De este modo, es necesario recordar con brevedad lo señalado a propósito del artículo 1188 y la extinción total de la obligación solidaria por modos de extinción de las obligaciones distintos al cumplimiento y a la consolidación.

En tal sentido, uno de los alcances más importantes a resaltar en el artículo 1188 es la posibilidad de que por medio de una novación, compensación, transacción o condonación producida entre el acreedor solidario y uno de los codeudores solidarios se extinga la totalidad de la deuda solidaria, quedando liberados del cumplimiento de tal obligación, en su totalidad, los demás codeudores solidarios. Lo que claramente, despierta el interés en la regulación del artículo 1189 es que los demás codeudores quedan liberados de la totalidad de la obligación solidaria a la que estaba comprometidos, sin que hubiesen dado su consentimiento o participado en la novación, compensación, transacción o condonación referidas. Es claro que en tal medida que el artículo 1188 le atribuye el poder de extinguir la solidaridad en su totalidad, a cualquiera de los codeudores solidarios siempre que se produzca, con el acuerdo del acreedor, alguno de los modos de extinción de las obligaciones referidos. Por otro lado, también se analizó que si bien en la relación externa la obligación solidaria se había extinguido frente al acreedor original, los codeudores liberados en dicha relación pasaban a ser deudores del codeudor que los liberó, por lo cual si bien se libraban de la obligación solidaria, quedaban obligados al pago de la parte que les correspondía (conforme la elección del modo de pago que les permite el artículo 1188) frente al codeudor que los había liberado. Teniendo en claro esta breve síntesis de los alcances del artículo 1188, consideramos apropiado pasar al análisis del artículo 1189.

Dicho esto, si el artículo 1188 regulaba el escenario en el cual cualquiera de los codeudores solidarios podía extinguir la obligación solidaria en su totalidad, el artículo 1189 regula el supuesto contrario, es decir, el escenario en el cual el codeudor solidario participa de una novación, transacción, compensación o condonación con el acreedor solidario, pero dicha operación recae únicamente sobre su parte de la deuda solidaria, por lo cual no se extingue la obligación solidaria en su totalidad ni se libera a los demás codeudores solidarios de esta. Sino que los codeudores solidarios siguen estando obligados al cumplimiento de la obligación

solidaria, no obstante se reduce para todos el monto o la parte por la que se hubiera liberado el codeudor solidario que hubiese participado de la novación, transacción, compensación o condonación, por lo cual los demás codeudores solidarios no se liberan en cuanto al contenido de la obligación solidaria sino parcialmente por la parte en que se liberó el codeudor que hubiese celebrado alguno de los modos de extinción de la obligación referidos. Al respecto sobre los alcances del artículo 1189 el legislador ha señalado de forma expresa que "el Código cuida en el artículo 1189, sin embargo, de dejar claramente establecido que en caso de que los actos previstos por el artículo 1188 se hubieran limitado a uno solo de los deudores, los otros codeudores solo quedan liberados en cuanto a la parte de aquel codeudor"[1].

En otro texto, el legislador refiere que "el supuesto del artículo 1189 es que se practique alguno de los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188, entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor común, pero que no esté referido a la totalidad de la deuda (acreencia), sino solamente a la porción de la misma correspondiente al codeudor que llega a dicho acuerdo con el acreedor común, prescribiendo que en estos casos los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte"[2]. Ahora bien, a efectos de comprender en un modo mucho más sencillo el contenido del artículo 1189 consideramos necesario proceder a su análisis con el desarrollo de un caso hipotético que permita subsumir la aplicación de la norma en un escenario concreto.

2. De la necesidad de establecer un caso hipotético y diferenciar la relación interna de la relación externa

En tal sentido, resulta necesario establecer un escenario hipotético que pueda aplicarse a todos los modos de extinción de la obligación referidos en el artículo 1189 del Código Civil, a efectos de comprender la forma en que aplica el dispositivo legal mencionado. Consideramos que nuestro caso hipotético puede consistir en una operación comercial en virtud de la cual una empresa financiera entrega en calidad de préstamo la suma de $ 40 000 000.00, a cuatro empresas, las mismas que buscan financiamiento para poner en marcha un negocio en conjunto, y que deberán devolver de forma solidaria, como contraprestación del préstamo recibido, la suma total de $80 000 000.00, por capital más los intereses pactados. En este caso es fundamental tomar en cuenta, para la aplicación del artículo 1189, tanto la relación externa como la relación interna derivada de la obligación solidaria pactada en el contrato de mutuo.

De este modo, en cuanto a la **relación externa**, tenemos que las 4 empresas deudoras están obligadas a pagar de forma solidaria, conforme al artículo 1186 del Código Civil, los $ 80 000 000.00, objeto del préstamo, lo que en términos simples, significa que la empresa prestamista puede exigir a cualquiera de las cuatro empresas deudoras el pago total de la suma prestada, es decir, de los $ 80 000 000.00. En tal sentido, recordemos que el artículo 1186 del Código Civil señala de forma expresa que:

> "Artículo 1186.- El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.
>
> Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo".

(1) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. 8ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 111.
(2) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra, Lima, 2008, p. 343.

Respecto de la **relación interna** es necesario determinar cuál es el porcentaje o cuota ideal de la deuda total que le corresponde a cada una de las cuatro empresas deudoras. A tal efecto, es necesario aplicar la presunción de igualdad de cuotas establecida expresamente por el artículo 1203 del Código Civil, el mismo que señala lo siguiente:

> "Artículo 1203.- En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.
>
> Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso".

Como queda claro, en consecuencia, de no haberse establecido, ya sea por ley, título de la obligación o circunstancias del caso, una distribución específica y diferenciada de porcentajes en la relación interna sobre la deuda solidaria, las porciones se asignan de forma igualitaria a cada uno de los codeudores solidarios. Es decir, se divide el total de la deuda solidaria entre el número de los codeudores solidarios, asignándose a cada uno de dichos codeudores, el monto resultante de la referida división. Así por ejemplo en el caso hipotético que hemos colocado, en el cual la deuda solidaria asciende a la suma de $ 80 000 000.00, salvo que la ley, el título de la obligación o las circunstancias del caso, establezcan un porcentaje específico, la suma total se dividirá entre las 4 empresas codeudoras, por lo cual dentro de la relación interna cada una de aquellas está obligada por el 25 % de la deuda solidaria, es decir, cada una está obligada internamente al pago de $ 20 000 000.00. De este modo, habiendo desarrollado el panorama de la distribución de los porcentajes, y teniendo en cuenta la perspectiva de la relación interna y la relación externa derivadas de la obligación solidaria, consideramos conveniente proceder a explicar cada uno de los supuestos referidos en el artículo 1189 del Código Civil.

3. De la novación celebrada por uno de los codeudores solidarios y la aplicación del artículo 1189

La novación constituye un modo de extinción de las obligaciones, la misma que se halla regulada en el artículo 1278 del Código Civil, el cual establece de forma expresa lo siguiente:

> "Artículo 1278.- Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente".

Ahora consideremos la aplicación del artículo 1189 en un caso de novación celebrada por uno de los codeudores solidarios con el acreedor solidario, sobre la parte que le corresponde en la deuda solidaria, tomando para este análisis el caso hipotético desarrollado de forma precedente.

Pongamos en tal sentido, el caso que uno de los cuatro codeudores solidarios obligados solidariamente al pago de los $ 80 000 000.00 decidiera celebrar un contrato de novación con el acreedor solidario sobre su parte de la deuda, acordando ambas partes, que en vez de pagar los $20 000 000.00 correspondientes a su cuota en obligación solidaria, el codeudor solidario se obligará a la entrega de un inmueble de su propiedad. Esto es, que la obligación primitiva correspondiente al pago de los $20 000 000.00 se extingue por la novación y se sustituye por la nueva obligación consistente en la entrega del inmueble de su propiedad.

Ante este escenario se produce la aplicación del artículo 1189 en virtud del cual la novación celebrada por el acreedor y el codeudor solidario genera que este último se libere de la obligación solidaria contraída, quedando ahora obligado en una relación obligatoria singular, a la entrega del inmueble. Mientras que en lo que respecta a la obligación solidaria, los otros codeudores solidarios siguen vinculados a dicha relación obligatoria, no obstante, el monto por el cual deben responder ya no asciende a la suma de $ 80 000 000.00, sino a la suma de $ 60 000 000.00, pues al liberarse uno de los codeudores solidarios por la celebración de la novación respecto de su parte en la obligación solidaria, la deuda solidaria se reduce también en la parte en la que este estaba obligado en la relación interna, esto es, en la suma de $ 20 000 000.00. A efectos de corroborar la correcta aplicación del artículo 1189 en el caso de la novación, es de interés citar al legislador, quien desarrollando un ejemplo práctico señala que "si uno de los codeudores novase su parte en la obligación con el acreedor común, y ya no debiera 20 000 nuevos soles, sino veinte toneladas métricas, ese acto no tendría efecto sobre los demás codeudores. Ellos no quedarían liberados sino en cuanto a dicha parte, lo que equivale a decir que los otros dos codeudores (quienes no formaron parte del pacto), ya no deberían solidariamente 60 000 nuevos soles, sino solo la suma de 40 000 nuevos soles, pues la porción correspondiente al deudor que novó, dejó de formar parte de la obligación originaria. Todo ello, desde luego, en la medida en que la deuda, en las relaciones internas, entre los codeudores, sea por partes iguales"[3].

Igualmente resulta de interés citar el tratamiento que hace sobre este aspecto el *Codice Civile* italiano en cuyo artículo 1300 se trata lo referido a la novación celebrada por el acreedor con uno de los codeudores solidarios señalándose que:

> "Artículo 1300.- Novazione
>
> La novazione tra il creditore e uno dei debitori in solido libera gli altri debitori. Qualora però si sia voluto limitare la novazione a uno solo dei debitori, gli altri non sono liberati che per la parte di quest'ultimo.
>
> Se convenuta tra uno dei creditori in solido e il debitore, la novazione ha effetto verso gli altri creditori solo per la parte del primo".

Al respecto Bianca señala que "la novación puede constituir una causa extintiva personal del deudor en cuanto que el acuerdo novativo sea querido solo con respecto a la parte de su débito. En tal caso los otros codeudores serán liberados solo por la parte del deudor que haya novado (1303 cc)"[4]. De igual modo se señala que "esta limitación del efecto de la novación presupone que los otros codeudores tomen parte en la división de la prestación. Si en cambio, la obligación había sido contratada en el interés exclusivo del deudor que ha novado, la novación extingue todas las relaciones obligatorias" [5].

4. De la compensación operada en favor de uno de los codeudores solidarios y la aplicación del artículo 1189

La compensación constituye un modo de extinción de las obligaciones, la misma que se halla regulada en el artículo 1295 del Código Civil, el cual establece de forma expresa lo siguiente:

(3) Ibídem, p. 344.
(4) BIANCA, Massimo, *Diritto Civile*, Volume IV, La obligazione, Dott A. Giuffre, Milano, 1990, p. 728.
(5) Ídem.

> "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".

Ahora consideremos la aplicación del artículo 1189 en un caso en que la compensación haya operado en favor de uno de los codeudores solidarios, sobre la parte que le correspondía al referido codeudor en la deuda solidaria, tomando para este análisis el caso hipotético desarrollado de forma precedente.

Pongamos en tal sentido, el caso que uno de los cuatro codeudores solidarios, obligados al pago de los $ 80 000 00.00, ocupa la posición de acreedor del acreedor solidario en otra relación obligatoria, de carácter simple, toda vez que esta relación se deriva de un contrato de mutuo en el cual, el codeudor solidario había prestado una suma de $ 10 000 00.00 en favor de la empresa que es acreedora solidaria, en la segunda relación, y que el monto final, con liquidación de intereses asciende a la suma de $ 20 000 000.00. Claramente, entonces, ocurre que siendo ambas deudas, recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, cuando el acreedor solidario exija el pago de los $ 80 000 000.00, el codeudor solidario podrá oponer la compensación entre el crédito de $ 20 000 000.00 que ella posee en la primera relación y la deuda de $ 80 000 000.00 a la que está obligada sobre la base de la relación obligatoria solidaria.

El efecto de dicha compensación será que el codeudor solidario que aplicó la compensación frente al requerimiento del acreedor, podrá negarse a pagar los $ 20 000 000.00, puesto que con la compensación ya se extinguieron tanto su crédito por $2 0 000 000.00, pero también la parte de $ 20 000 000.00 que ostentaba en la deuda solidaria. No obstante haberse eliminado la obligación del pago de los $ 20 000 000.00, el codeudor solidario tendrá que cumplir con pagar los $ 60 000 000.00 restantes, toda vez que esta parte de la deuda no ha sido objeto de la compensación, y dado que la deuda es solidaria, bajo lo regulado por el artículo 1186 del Código Civil, el acreedor puede exigir el pago íntegro del monto total a cualquiera de los codeudores solidarios. Diferente sería el caso en el cual el acreedor en base a lo regulado por el artículo 1200 del Código Civil efectúa el cobro al codeudor solidario, únicamente por la suma que corresponde a su cuota de deuda dentro de la obligación solidaria, efectuando así una renuncia a la solidaridad. En tal sentido, el artículo 1200 del Código Civil establece de forma expresa lo siguiente:

> "Artículo 1200.- El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.
>
> El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad".

En tal medida, si el acreedor solidario, solo hubiera exigido judicialmente la parte de $20 000 000.00 a uno de los codeudores solidarios sin efectuar la reserva de la acción solidaria respecto del mismo codeudor, y este último además hubiese aplicado la compensación, se podría argumentar que estaríamos ante un caso de renuncia de la solidaridad, y por tanto, el codeudor que aplicó la compensación ya no solo cumple con haberse liberado del pago de $ 20 000 000.00, sino que se estaría desvinculando totalmente de la obligación solidaria, no estando obligado al pago de los $ 60 000 000.00 restantes. En lo que respecta a la repercusión de la compensación en la esfera de los codeudores solidarios restantes, en aplicación del artículo 1189 del Código Civil estos siguen estando obligados por la deuda solidaria,

solamente que luego de la compensación el monto total de la referida deuda se reduce en la suma de $ 20 000 000.00, por lo que, en adelante, solo estarán obligados al pago de los $ 60 000 000.00 restantes.

A efectos de corroborar la correcta aplicación del artículo 1189 en el caso de la compensación, es de interés citar al legislador, quien desarrollando un ejemplo práctico señala que "si se tratase de un supuesto de compensación, y uno de los deudores compensase con el acreedor común su parte en la obligación, los otros, igualmente solo deberían de manera solidaria 40 000 nuevos soles, y ya no los 60 000 nuevos soles originales"(6). En términos teóricos se agrega que "en consecuencia, cuando la compensación opera solo respecto de uno de los codeudores solidarios, por ser el único que mantiene una acreencia con el acreedor común, dicho codeudor se libera por su parte, a mérito de la compensación; el crédito del acreedor se ve reducido por la parte que compensó; los otros codeudores continuarán como solidarios, pero detrayendo la parte de aquel que compensó"(7).

Igualmente resulta de interés citar el tratamiento que hace sobre este aspecto el *Codice Civile* italiano en cuyo artículo 1302 se trata lo referido a la compensación operada en favor de uno de los codeudores solidarios señalándose que:

> "Art. 1302.- Compensazione
>
> Ciascuno dei debitori in solido può opporre in compensazione il credito di un condebitore solo fino alla concorrenza della parte di quest'ultimo.
>
> A uno dei creditori in solido il debitore può opporre in compensazione ciò che gli è dovuto da un altro dei creditori, ma solo per la parte di questo".

Al respecto Bianca señala que en virtud de este artículo "se explica como el acreedor no puede ulteriormente pretender el pago de su crédito en la medida en la cual este sea objeto de compensación"(8). Para efectos de ilustrar el escenario bajo comentario se desarrolla un ejemplo, que contiene tanto el escenario de la compensación total de la deuda así como el de la compensación parcial que es al que hace referencia nuestro artículo 1189. En tal sentido, respecto del caso de la compensación total se señala que "supongamos, por ejemplo, que A y B estén obligados solidariamente por 100 millones respecto de C, y que este último tenga una deuda de 100 millones hacia A. En tal caso A, requerido del pago, puede hacer valer íntegramente la compensación de la obligación solidaria; B permanece totalmente liberado respecto del acreedor, pero debe reembolsar a A 50 millones"(9). Respecto del caso de la compensación parcial, se continúa con el ejemplo citado explicando que "si el acreedor (C) se dirige por el pago a B, este podrá oponer el crédito de A hacia el acreedor, pero en los límites de la cuota de A, es decir, en el límite de los 50 millones. En cuanto al resto, deberá cumplir el pago, mientras A permanece como acreedor de C de 50 millones"(10).

(6) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 344.
(7) Ídem.
(8) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 731.
(9) Ídem.
(10) Ídem.

5. De la condonación efectuada en favor de uno de los codeudores solidarios y la aplicación del artículo 1189

La condonación constituye un modo de extinción de las obligaciones, la misma que se halla regulada en el artículo 1295 del Código Civil, el cual establece de forma expresa lo siguiente:

> "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"

Ahora consideremos la aplicación del artículo 1189 en un caso de condonación efectuada en favor de uno de los codeudores solidarios por el acreedor solidario, sobre la parte que le corresponde al referido codeudor en la deuda solidaria, tomando para este análisis el caso hipotético desarrollado de forma precedente.

Pongamos en tal sentido, el caso que uno de los cuatro codeudores solidarios obligados solidariamente al pago de los $ 80 000 000.00 sea beneficiado por la condonación efectuada por el acreedor solidario, de tal modo, que en relación con su cuota interna original de $ 20 000 000.00, luego de la condonación, se extingue su parte de la obligación y se libera del vínculo obligatorio solidario. Ante este escenario se produce la aplicación del artículo 1189 en virtud del cual la condonación efectuada por el acreedor en favor de uno de los codeudores solidarios genera que este último se libere de la obligación solidaria, mientras que los codeudores solidarios restantes siguen vinculados a dicha relación obligatoria, no obstante, el monto por el cual deben responder ya no asciende a la suma de $ 80 000 000.00, sino a la suma de $ 60 000 000.00, pues al liberarse uno de los codeudores solidarios por la realización de la condonación respecto de su parte en la obligación solidaria, la deuda total se reduce en la parte en la que este se encontraba obligado en la relación interna, esto, es en la suma de $ 20 000 000.00. A efectos de corroborar la correcta aplicación del artículo 1189 en el caso de la condonación, es de interés citar al legislador quien desarrollando un ejemplo práctico señala que "si estuviésemos ante una condonación entre uno de los codeudores y el acreedor común, esto equivaldría a que el acreedor perdonase (con el asentimiento del deudor) la parte de la deuda de este último con aquel; pero dicho perdón no se extiende a las porciones correspondientes a los otros dos codeudores, razón por la cual, si se perdonase el pago de los 20 000 nuevos soles correspondientes al codeudor que negoció con el acreedor los otros dos codeudores ya no deberán los 60 000 nuevos soles de los 20 000 nuevos soles condonados, vale decir, 40 000 nuevos soles, tal como ocurre en los supuestos anteriores"[11].

Igualmente resulta de interés citar el tratamiento que hace sobre este aspecto el *Codice Civile* italiano en cuyo artículo 1301 se trata lo referido a la condonación celebrada por el acreedor con uno de los codeudores solidarios señalándose que:

> "Art. 1301. - Remissione
>
> La remissione a favore di uno dei debitori in solido libera anche gli altri debitori, salvo che il creditore abbia riservato il suo diritto verso gli altri, nel qual caso il creditore non può esigere il credito da questi, se non detratta la parte del debitore a favore del quale ha consentito la remissione.
>
> Se la remissione è fatta da uno dei creditori in solido, essa libera il debitore verso gli altri creditori solo per la parte spettante al primo".

(11) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 344.

Al respecto Bianca señala que "si la remisión es personal en referencia a un solo deudor, en el sentido de que el acreedor ha querido renunciar al crédito exclusivamente en la parte del referido deudor, los otros deudores son liberados solo por la parte del deudor cuya deuda haya sido objeto de la remisión"[12]. Por otro lado, se señala que "el acreedor que condona el crédito respecto de un solo deudor no puede válidamente reservarse el íntegro derecho de crédito hacia los otros codeudores, comprendiendo la parte del beneficiario de la remisión. Una reserva de este tipo obligaría a los codeudores también por la parte de la obligación que se reduce, y esto en contraste con una regla de fondo de la solidaridad (el codeudor no es obligado por las partes de la deuda inexistentes o extintas)"[13].

6. De la transacción celebrada con uno de los coacreedores solidarios y la aplicación del artículo 1189

La transacción constituye un modo de extinción de las obligaciones, la misma que se halla regulada en el artículo 1302 del Código Civil, el cual establece de forma expresa lo siguiente:

> "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".

Ahora consideremos la aplicación del artículo 1189 en un caso de transacción celebrada por uno de los codeudores solidarios con el acreedor solidario, sobre la parte que le corresponde en la deuda solidaria, tomando para este análisis el caso hipotético desarrollado de forma precedente.

Pongamos, en tal sentido, el caso que uno de los cuatro codeudores solidarios obligados solidariamente al pago de los $ 80 000 000.00, se muestra renuente al pago de la deuda, enfrentándose de este modo al acreedor solidario. Claramente este enfrentamiento podría producirse en dos escenarios:

- El primero, el caso en el cual el acreedor solidario exige al codeudor que le pague la totalidad de la deuda, y este se muestra renuente argumentando que no tiene nada que pagar, y, en consecuencia, produciéndose un escenario de litigio sobre el cobro de la deuda total.
- El segundo, el caso en el cual el acreedor solidario exige al codeudor que le pague la parte de la deuda solidaria que le corresponde conforme a su nivel de participación en la referida deuda, y este codeudor se muestra renuente argumentando que no tiene nada que pagar, y, en consecuencia, produciéndose un escenario de litigio sobre el cobro de su parte de la deuda total.

Dado que en ambos casos existe una situación en que las partes no se ponen de acuerdo sobre el pago de la deuda, estas podrían llegar a la celebración de una transacción en virtud de

(12) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 729.
(13) Ibídem, p. 730.

la cual, haciéndose concesiones recíprocas podrían evitar la litis judicial. Esto es, que al celebrar una transacción extinguirían la obligación previa y darían paso a una nueva obligación, con lo cual las partes consideran superada la litis inicial y proceden a vincularse mediante una nueva relación obligatoria. Ahora bien, a efectos de determinar los alcances del artículo 1189 del Código Civil es necesario situarnos en cuál de las dos situaciones previamente mencionadas nos encontramos.

Si estamos en el primer escenario, en el cual el acreedor reclama a uno de los codeudores la totalidad de la deuda solidaria y la contraparte se niega, y como resultado de esto las partes celebran una transacción sobre la totalidad de la obligación solidaria, claramente no es aplicable el artículo 1189 del Código Civil, sino el artículo 1188 en cuanto que la transacción se celebra sobre la totalidad de la obligación solidaria, y no sobre la parte del codeudor, con lo cual conforme el artículo 1188 se extingue la totalidad de la obligación solidaria, y los codeudores solidarios restantes responden frente al codeudor que celebró la transacción, a su elección, por la parte que les corresponde en la obligación original o por la parte que les correspondería en la obligación resultante de la transacción.

Por el contrario, si nos encontramos en el segundo escenario, en el cual el acreedor reclama a uno de los codeudores solidarios solamente la parte que le corresponde en la deuda solidaria, y la contraparte se niega, y como resultado de esto las partes celebran una transacción sobre la totalidad de la obligación solidaria, claramente no es aplicable el artículo 1188 del Código Civil, sino el artículo 1189, en cuanto que la transacción ya no se celebra sobre la totalidad de la obligación solidaria, sino únicamente sobre la parte del codeudor, con lo cual conforme al artículo 1188 el codeudor que celebra la transacción se libera de la obligación solidaria y se vincula a la nueva obligación derivada de la transacción, mientras los codeudores solidarios resultantes siguen obligados al cumplimiento de la obligación solidaria, no obstante, la deuda solidaria se reduce en la proporción que le correspondía en la deuda solidaria al codeudor que celebró la transacción.

Analicemos este escenario, con el caso hipotético planteado de forma precedente. Así pongámonos en el caso que el acreedor solidario le exija el pago de su parte de la deuda solidaria a uno de los codeudores solidarios, es decir, le requiere el pago de $ 20 000 000.00, y como consecuencia de ello, el codeudor solidario controvierte la obligación de pagar dicha deuda, ya sea porque argumente, que la obligación ya se pagó, porque prescribió o por cualquier otra razón. A efectos de solucionar dicho conflicto, y luego de una serie de negociaciones, el acreedor y el codeudor solidario llegan a la celebración de un acuerdo de transacción sobre la parte de la obligación solidaria que corresponde al codeudor aceptando el acreedor que el codeudor solidario cumpla con una nueva obligación de pagar solo la suma de $ 10 000 000.00 y ya no la ascendente a los $ 20 000 000.00. Claramente en este caso se aplica la regulación señalada en el artículo 1189, generándose así las siguientes repercusiones. En cuanto al acreedor solidario que celebró la transacción sobre su parte de la deuda, este se libera de la obligación solidaria, y pasa a estar obligado por una nueva obligación resultante de la transacción, ascendente a la suma de $10 000 000.00, no obstante, los codeudores solidarios restantes se mantienen obligados al cumplimiento de la obligación solidaria, mas ya no por el monto originalmente pactado, ascendente a los $ 80 000 000.00, sino que el monto total de la deuda solidaria se reduce en la parte de la deuda solidaria que le correspondía al codeudor solidario que celebró la transacción, esto es, se reduce en la suma de $ 20 000 000.00, quedando, por lo tanto, los codeudores solidarios restantes obligados solo al pago de la suma de $ 60 000 000.00. A efectos de corroborar la correcta aplicación del artículo 1189 en el caso de la transacción, es de interés citar al legislador quien al respecto señala que "si se tratase

de una transacción entre uno de los codeudores y el acreedor común, sobre la porción de la deuda de aquel ocurrirá lo mismo que en los tres ejemplos anteriores, vale decir, que el deudor que negoció solamente deberá el resultado de su transacción con el acreedor, mientras que los otros codeudores deberán solidariamente 40 000 nuevos soles"[14].

Igualmente resulta de interés citar el tratamiento que hace sobre este aspecto el *Codice Civile* italiano en cuyo artículo 1304 se regulan los alcances de la transacción celebrada por el acreedor con uno de los codeudores solidarios. En tal sentido, el referido dispositivo señala lo siguiente:

> "Artículo 1304.- Transazione
>
> La transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare.
>
> Parimenti, se è intervenuta tra uno dei creditori in solido e il debitore, la transazione non ha effetto nei confronti degli altri creditori, se questi non dichiarano di volerne profittare".

Como se puede apreciar de una rápida lectura del artículo 1304 del *Codice Civile* italiano, este a diferencia de nuestro artículo 1188 no permite que uno de los codeudores solidarios celebre con el acreedor solidario una transacción sobre la totalidad de la deuda, salvo que los demás codeudores solidarios declaren que quieren aprovechar la transacción celebrada. Esta regulación es una clara consecuencia del principio de relatividad de los contratos, en virtud del cual las partes solo pueden vincularse por los efectos derivados de los contratos que ellas voluntariamente celebran, sin que sea posible, en términos de principio general, obligarlas a cumplir con las obligaciones impuestas por un contrato en cuya formación no han participado.

Al respecto Bianca señala que "codeudores y coacreedores permanecen extraños a la transacción si no se adhieren o se no se pueden adherir a aquella, en cuanto que el objeto de esta se ha limitado a las partes que celebran la transacción. En tal caso, encuentra aplicación la regla general según la cual en la solidaridad pasiva la extinción de la deuda de uno de los deudores libera a los otros codeudores por la parte de la deuda extinta y en la solidaridad activa, la extinción del crédito de uno de los acreedores libera al deudor, con respecto a los otros coacreedores por la parte del crédito extinto"[15]. De igual modo, se desarrolla un ejemplo práctico a efectos de ilustrar los alcances de la transacción celebrada entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor, dentro del ordenamiento jurídico italiano. En tal sentido, se señala que "supongamos que A y B sean deudores solidarios de 100 millones respecto de C, y que luego de una transacción celebrada entre A y C este último renuncia a la mitad del crédito que ostenta respecto de A dejando afectado su derecho respecto del otro codeudor (B). B permanecerá, por lo tanto, obligado solidariamente hacia el acreedor pero de su deuda, será detraída la parte de la deuda renunciada por el acreedor en favor de A (100 - 25 = 75)"[16].

(14) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 345.
(15) BIANCA, Massimo. Ob. cit., pp. 740-741.
(16) Ibídem, p. 741.

DOCTRINA

BIANCA, Massimo, Diritto Civile, Volume IV, La obligazione, Dott A. Giuffre, Milano, 1990; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. 8ª edición, Grijley, Lima, 2007; OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra, Lima, 2008.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

No se libera a todos los deudores con una transacción parcial

{L}a transacción extrajudicial de fecha veintiuno de diciembre del dos mil seis, solo vincula a las personas y entidades que en ella se señala, no liberando a todos los codeudores demandados en el presente proceso, como equivocadamente lo argumentan los apelantes, por lo que, se ha infraccionado lo dispuesto en el artículo 1189 del Código Civil al no haber sido aplicada dicha norma al presente proceso, el cual establece que si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte; por lo tanto y habiéndose establecido que estamos frente a una transacción parcial, los efectos de la misma solo alcanzan a la parte de los deudores que ha transigido, la cual queda extinguida, sin embargo, los otros codeudores no se liberan de la obligación, quedando obligados a satisfacerla, máxime si no existe título alguno que acredite la obligatoriedad solidaria por parte de los demandados respecto a la pretensión demandada (Cas. N° 617-2010-Lima).

La transacción solo libera a las personas que intervinieron en ella

En opinión del autor la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema desarrolló correctamente la diferencia entre los supuestos de los artículos 1188 y 1189 del Código Civil que regulan las formas de extinción (no solo respecto de la transacción) de las relaciones obligatorias con carácter plurisubjetivo y a título de solidaridad, señalando que la transacción celebrada en el caso analizado representaba un acuerdo sobre la parte de la reparación civil ordenada penalmente y de la pretensión indemnizatoria civil a cargo de los responsables, y no versó sobre la totalidad, por lo que no produce efectos extintivos respecto a quienes no participaron de ella (Cas. N° 3458-2009-Lima).

Transacción de la obligación indemnizatorio: Solo vincula y libera a los que la suscribieron

{S}e observa de la lectura del documento que (...) si bien es cierto como se sostiene en la sentencia recurrida, las partes acordaron en la cláusula sétima, literal g) que "(...) la compensación económica acordada en el literal a) constituye título de cancelación total y definitivo de todas y cada una de las prestaciones, derechos y acciones que pudiera corresponder a los herederos (...), concluyendo cualquier discrepancia surgida en virtud de El Siniestro, quedando total y satisfactoriamente indemnizados todos los daños y perjuicios derivados de El Siniestro", no es menos cierto que la sentencia en mención ha omitido glosar la primera parte de dicha cláusula que expresamente prescribe que "salvo el pago indicado en el literal a) de esta cláusula, los herederos en forma conjunta y/o por separado declaran que no tienen nada más que reclamar contra centros comerciales, Administradora Jockey Plaza y/o contra Rímac Internacional, o contra alguna de las personas referidas en la presente transacción por los hechos y conceptos contenidos en la presente transacción y/o derivados de El Siniestro, todas las cuales quedan exceptuadas de cualquier obligación y/o responsabilidad (...)", disposición contractual que, aunada a los literales precedentes de la misma cláusula {...} por las cuales se acuerda la renuncia de Los Herederos frente a las empresas allí mencionadas y, extensivamente, a las personas allí identificadas, de toda acción, reclamo, denuncia, etc., que se vincule con El Siniestro, permite afirmar como conclusión que la voluntad de las partes fue la de poner término a la controversia suscitada con ocasión del fallecimiento de la hija de los recurrentes, mediante el reconocimiento de un monto indemnizatorio, pero solo con respecto a las personas jurídicas y naturales expresamente mencionadas en dicha transacción, y no de todos los que fueron demandados en el presente proceso de indemnización. Siendo así, correspondía la aplicación al caso del artículo 1189 del Código Civil y no del artículo 1188 del mismo cuerpo normativo, como indebidamente se determinó en la sentencia de vista (...) (Cas. N° 3065-2010-Lima).

Las obligaciones solidarias sujetas a transacción reducen la totalidad de la deuda

Sobre el artículo 1189 del Código Civil la profesora Clotilde Vigil Curo señala que "en las obligaciones solidarias pasivas, cuando el acreedor pacta con uno de los codeudores la transacción de su parte dentro de la obligación, aquel está en la obligación de reducir la parte transigida del total de la deuda, para que los otros codeudores solidarios que no intervinieron en la transacción, solo paguen dicho resto o saldo; de lo contrario, la transacción resultaría inútil para el deudor que la realizó" (...). En el caso de autos, para efectos de establecer la inaplicación del artículo 1189 del Código Civil, no ha efectuado un análisis integral de la transacción a la que arriban las partes, limitándose a citar parte de la cláusula sétima de la misma; lo que no ha permitido determinar sus alcances (Cas. N° 2057-2008-Lima).

Extinción total o parcial de la solidaridad entre el deudor y uno de los acreedores

Artículo 1190.- *Cuando los actos a que se refiere el artículo 1188 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, esta se extingue respecto a los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.*

Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte.

Concordancias:
C.C. arts. 1188, 1221

Luis Bardales Siguas

Previo a entrar en el análisis del dispositivo legal mencionado, es importante señalar que este tiene su precedente nacional en el Código Civil de 1936.

1. Antecedente legislativo en el Código Civil de 1936

De este modo, en el Código Civil de 1936 encontramos como antecedentes legislativos del artículo 1190, los artículos 1216 y 1219, el primero de los cuales establece expresamente lo siguiente:

> "Artículo 1216.- La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación solidaria. El acreedor que hubiese ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación"[1].

Por otro lado, el artículo 1219 del referido Código establecía que:

> "Artículo 1219.- La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de este respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores".

Es claro que el texto del artículo 1216 y el texto del artículo 1219 se ocupaban, dentro de su texto normativo, al igual que nuestro actual artículo 1190, aunque con un tenor legal distinto, de las consecuencias que tiene en la relación obligatoria solidaria, y en la esfera de los demás coacreedores solidarios, la producción de un modo de extinción de la obligación, distinto del pago, configurada entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común. Así sobre los alcances de este artículo, el legislador señalaba que a diferencia del caso de los artículos 1188 y 1189 que regulan el caso de la solidaridad pasiva y los modos de extinción de la obligación solidaria producidos entre un codeudor solidario y el acreedor, "el artículo 1190 prevé el caso de la solidaridad activa. Si el coacreedor cobra el íntegro de la prestación al deudor común, nova, compensa, condona o transige; la obligación queda extinguida, y tal acreedor responde ante los demás coacreedores. Esta regla es inherente a la solidaridad y ella

(1) El texto del Código Civil peruano de 1936 se puede ubicar en el siguiente enlace: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf>.

obedece al hecho de que cada coacreedor es dueño del íntegro de la prestación. Si el coacreedor solidario limita tales actos a su parte, entonces la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte"[2]. Procedamos al análisis de los antecedentes legislativos desarrollados en otros ordenamientos jurídicos

2. Regulación en el *Codice Civile* italiano de 1942

Consideramos que es de interés citar los artículos del *Codice Civile* italiano de 1942 que se encargan de regular los efectos de la novación, compensación, condonación y transacción, celebrada entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común. La regulación italiana, es diferente a la nuestra, en cuanto a que en vez de establecer las consecuencias legales de los modos de extinción de la obligación referidos, en un solo artículo, como ocurre con nuestro artículo 1190, efectúa una regulación específica para cada uno de los modos de extinción. En tal sentido, tenemos que los artículos 1300, 1301, 1302 y 1304 se encargan de regular los escenarios señalados. Así en lo que respecta al caso de la novación celebrada entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común, el artículo 1300 del *Codice Civile* italiano establece lo siguiente:

> "Artículo 1300.- Novazione
>
> La novazione tra il creditore e uno dei debitori in solido libera gli altri debitori. Qualora però si sia voluto limitare la novazione a uno solo dei debitori, gli altri non sono liberati che per la parte di quest'ultimo.
>
> Se convenuta tra uno dei creditori in solido e il debitore, la novazione ha effetto verso gli altri creditori solo per la parte del primo"[3].

Sobre el caso de la condonación producida entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común, el artículo 1301 del *Codice Civile* italiano establece lo siguiente:

> "Artículo 1301. - Remissione
>
> La remissione a favore di uno dei debitori in solido libera anche gli altri debitori, salvo che il creditore abbia riservato il suo diritto verso gli altri, nel qual caso il creditore non può esigere il credito da questi, se non detratta la parte del debitore a favore del quale ha consentito la remissione.
>
> Se la remissione è fatta da uno dei creditori in solido, essa libera il debitore verso gli altri creditori solo per la parte spettante al primo".

Por otro lado, respecto de la compensación operada entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común, el artículo 1302 del *Codice Civile* italiano establece lo siguiente:

> "Artículo 1302.- Compensazione
>
> Ciascuno dei debitori in solido può opporre in compensazione il credito di un condebitore solo fino alla concorrenza della parte di quest'ultimo.

(2) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Octava edición, Grijley, Lima, 2007, p. 111.
(3) El texto del Código Civil italiano de 1942 se puede ubicar en el siguiente enlace: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>.

A uno dei creditori in solido il debitore può opporre in compensazione ciò che gli è dovuto da un altro dei creditori, ma solo per la parte di questo".

Finalmente, respecto de la figura de la transacción celebrada por uno de los coacreedores solidarios y el deudor común el *Codice Civile*, refiere en su artículo 1304 lo siguiente:

> "Artículo 1304.- Transazione
>
> La transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare.
>
> Parimenti, se è intervenuta tra uno dei creditori in solido e il debitore, la transazione non ha effetto nei confronti degli altri creditori, se questi non dichiarano di volerne profittare".

Habiendo visto de forma somera la regulación italiana, respecto de los escenarios materia de estudio, procedemos al análisis de nuestro artículo 1190, para lo cual es necesario recordar la diferencia entre la relación externa e interna asociadas a la relación obligatoria solidaria, y establecer un supuesto hipotético que sirva para efectos de analizar los casos de novación, compensación, condonación y transacción producidos entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común.

3. De la necesidad de establecer un caso hipotético y diferenciar la relación interna de la relación externa

A efectos de comprender los alcances del artículo 1190 del Código Civil es necesario, en principio, tener en claro los planos de la relación interna y la relación externa que se generan con el nacimiento de una relación obligatoria solidaria. De este modo, conforme al artículo 1183 del Código Civil, la obligación solidaria se genera solo cuando consta de forma expresa por la ley o por el título de la obligación. Así, el referido dispositivo legal señala expresamente que:

> "Artículo 1183.- La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa".

Es decir, la relación obligatoria solidaria se produce como consecuencia de que esta se encuentre expresamente establecida en la ley o en el título de la obligación. Una vez verificada la fuente de la obligación solidaria, esta produce dos tipos de relaciones. De un lado, la relación externa, o la relación obligatoria solidaria, propiamente dicha, en la cual de un lado se encuentran los coacreedores solidarios y del otro, el deudor (si nos colocamos en el caso de una solidaridad activa), mientras, por otro lado, se crea la relación interna que se entabla entre los coacreedores solidarios, en la cual ya no existe solidaridad si no que cada coacreedor es titular exclusivo de una porción del crédito solidario. En tal medida, para tener claridad, sobre la forma en que se aplica el artículo 1190 del Código Civil y cuáles son los alcances de una novación, compensación, condonación o transacción producidas entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor, respecto de los demás coacreedores, consideramos adecuado plantear un escenario hipotético que pueda aplicar a todos los modos de extinción de la obligación referidos en el artículo 1190.

Consideramos que nuestro caso hipotético puede consistir en una operación comercial en virtud de la cual una empresa inmobiliaria requiere un importante financiamiento para llevar a cabo la realización de un proyecto inmobiliario, para lo cual acude a diferentes potenciales prestamistas, encontrando así a cuatro empresas financieras, que deciden entregar en

concepto de préstamo la suma de $ 20 000 000.00, pactando que se deberá devolver como contraprestación de dicho préstamo la suma total de $ 40 000 000.00, por capital más los intereses pactados. De igual modo, se establece, de forma expresa, la atribución de un crédito solidario sobre el total de la suma a devolver, en favor de las tres empresas prestamistas. En este caso es fundamental tomar en cuenta, para la aplicación del artículo 1190, tanto la relación externa como la relación interna derivada de la obligación solidaria pactada en el contrato de mutuo.

De este modo, en cuanto a la *relación externa*, tenemos que las 3 empresas acreedoras, en cuanto titulares de un crédito solidario, pueden cada una requerir al deudor común el pago íntegro de los $ 40 000 000.00 objeto del préstamo, mientras el referido deudor no cumpla con efectuar el pago de la deuda. A este respecto es curioso poner de relieve que el Código Civil tiene una norma referida al caso de la solidaridad pasiva, la que se ubica en el tenor legal contenido en el artículo 1186, norma en la cual se establece expresamente lo siguiente:

> "Artículo 1186.- El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.
>
> Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo".

No obstante, nuestro Código Civil no cuenta con una norma que describa el caso de la obligación solidaria activa, es decir aquella relación obligatoria solidaria en la cual la parte acreedora se encuentra compuesta por una pluralidad de acreedores mientras la parte deudora cuenta con un solo deudor, que es justamente el supuesto que se aboca a regular el artículo 1190 del Código Civil, en los casos de novación, compensación, condonación o transacción, producida entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común.

Respecto de la *relación interna* es necesario determinar cuál es el porcentaje o cuota ideal del crédito total que le corresponde a cada una de las tres empresas acreedoras. A tal efecto, es necesario aplicar la presunción de igualdad de cuotas establecida expresamente por el artículo 1203 del Código Civil, el mismo que señala lo siguiente:

> "Artículo 1203.- En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.
>
> Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso".

Como queda claro, en consecuencia, de no haberse establecido, ya sea por ley, título de la obligación o circunstancias del caso, una distribución específica y diferenciada de porcentajes en la relación interna sobre el crédito solidario, las porciones se asignan de forma igualitaria a cada uno de los coacreedores solidarios. Es decir, se divide el total del crédito solidario entre el número de los coacreedores solidarios, asignándose a cada uno de dichos coacreedores, el monto resultante de la referida división. Así por ejemplo en el caso hipotético que hemos colocado, en el cual el crédito solidario asciende a la suma de $ 40 000 000.00, salvo que la ley, el título de la obligación o las circunstancias del caso, establezcan un porcentaje específico, la suma total se dividirá entre las 4 empresas coacreedoras, por lo cual dentro de la relación interna a cada una de aquellas le corresponde el 25 % del crédito solidario, es decir, cada una tiene derecho a $ 10 000 000.00. De este modo, habiendo desarrollado el panorama de

la distribución de los porcentajes, y teniendo en cuenta la perspectiva de la relación interna y la relación externa derivadas de la obligación solidaria, consideramos conveniente proceder a explicar cada uno de los supuestos referidos en el artículo 1190 del Código Civil.

No obstante, antes de proceder a la explicación de cada uno de los supuestos contenidos en el artículo 1190, es importante recordar que en el caso del artículo 1190 se comprenden tanto las hipótesis de novación, compensación, condonación y transacción producidas entre un coacreedor y el deudor común sobre la totalidad del crédito, así como los casos de novación, compensación, condonación y transacción producidas entre un coacreedor y el deudor común sobre su parte del crédito. De este modo, a diferencia del caso que se configura en la solidaridad pasiva, en la cual el artículo 1188 regula los casos de modos de extinción de la obligación configurados entre un codeudor solidario y el acreedor común sobre la totalidad de la deuda, mientras el artículo 1189 se encarga de regular los casos de modos de extinción de la obligación configurados entre un codeudor solidario y el acreedor común sobre su parte de la deuda, en el caso de la solidaridad activa, el artículo 1190 regula ambos escenarios, es decir, los modos de extinción de la obligación producidos entre el coacreedor solidario y el deudor común, sobre el total de la deuda, así como los modos de extinción producidos entre las mismas partes, sobre una parte de la deuda. Con tales consideraciones procedamos al análisis de cada uno de los supuestos regulados por el artículo 1190 del Código Civil.

4. De la novación celebrada por uno de los coacreedores solidarios con el deudor común y la aplicación del artículo 1190

La novación constituye un modo de extinción de las obligaciones, el mismo que se halla regulado, principalmente, en los artículos 1277 y 1278 del Código Civil. De este modo, el artículo 1277 señala de forma expresa lo siguiente:

> "Artículo 1277.- Por la novación se sustituye una obligación por otra.
>
> Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva".

Por otro lado, el artículo 1278 establece a su vez que:

> "Artículo 1278.- Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente".

Sobre la novación doctrina italiana señala que "la novación es el contrato a través del cual las partes de la relación obligatoria, acreedor y deudor, sustituyen la obligación original con una nueva obligación, con objeto o título distintos" (4). De igual modo, se refiere que "cuando la nueva obligación tiene objeto distinto (por ejemplo, si el acreedor y el deudor se ponen de acuerdo para sustituir el pago de una suma de dinero con la entrega de una cantidad de productos agrícolas) se habla de una novación real. En cambio, si se trata de un título distinto (las partes establecen que el pago de una suma mensual se produce, no a título de renta de arrendamiento, sino de cuota de pago de precio de venta) se habla de novación causal"(5).

(4) PALADINI, Mauro. "Los modos de extinción de las obligaciones distintos del cumplimiento". En: BRECCIA, Umberto, y otros. *Derecho Privado*. Parte I, Turín: UTET, 2003, traducido por Leysser L. León. En: LEÓN, Leysser. *Derecho de las Relaciones Obligatorias*. Jurista Editores, Lima, 2007, p. 272.

(5) Ídem.

4.1. Novación celebrada sobre la totalidad de la deuda

Ahora consideremos la aplicación del artículo 1190 en un caso de novación celebrada por uno de los coacreedores solidarios con el deudor común sobre la totalidad de la deuda, tomando para este análisis el caso hipotético desarrollado de forma precedente.

Pongamos en tal sentido, el caso que uno de los cuatro coacreedores solidarios que tienen derecho al pago de los $ 40 000 000.00 decidiera celebrar un contrato de novación con el deudor común sobre la totalidad de la deuda, acordando ambas partes, sustituir la obligación de pago de los $ 40 000 000.00 adeudados por la obligación de transferir la propiedad de un inmueble de su titularidad. Esto es, que la obligación primitiva correspondiente al pago de los $ 40 000 000.00 se extingue por la novación y se sustituye por la nueva obligación consistente en la entrega del inmueble de su propiedad.

Ante este escenario se produce la aplicación del artículo 1190 en virtud del cual la novación celebrada por el coacreedor solidario y el deudor común, generan dos efectos jurídicos de importancia, uno que afecta la relación externa y otro, que repercute en la relación interna entre los coacreedores solidarios. En tal sentido, respecto de la relación externa, la novación celebrada produce que el deudor común se libere de la obligación solidaria contraída, y que el crédito solidario se extinga en su totalidad con lo cual los demás coacreedores solidarios ya no podrán exigir el pago de los $ 40 000 000.00 en su favor. El deudor común, en adelante, pasará a estar obligado, en el marco de una relación obligatoria singular, a la entrega del inmueble en favor del coacreedor con el cual celebró la novación.

Respecto de la relación interna, el efecto jurídico producido es que el coacreedor solidario que celebró la novación pasará a estar obligado a cumplir con el pago de las cuotas de crédito que les correspondiesen a los demás acreedores. Esto es, tendrá que asumir el pago de la parte del crédito solidario que le correspondía a los demás acreedores ($ 30 000 000.00) generándose en su esfera la obligación de pagar la suma de $ 10 000 000.00 a cada uno de los coacreedores restantes. Cada una de estas obligaciones se enmarcará en una relación obligatoria singular, y ya no dentro del marco de la solidaridad.

A efectos de corroborar la correcta aplicación del artículo 1190 en el caso de la novación, es de interés citar al legislador quien al respecto señala que "supongamos, a manera de ejemplo, que un deudor se hubiera obligado frente a tres coacreedores solidarios a la entrega de 60 000 nuevos soles; que uno de los acreedores hubiese novado la totalidad de la obligación, acordando con el deudor común que ya no se entregarán los 60 000 nuevos soles pactados originariamente, sino un automóvil Mercedes, usado, cuyo valor es de 75 000 nuevos soles. En ese caso, el acreedor que novó responderá frente a los otros dos acreedores solidarios de la parte que les correspondía en la obligación original. Esto equivale a decir que cada uno de los dos acreedores deberá recibir 20 000 nuevos soles de quien novó"(6).

Igualmente resulta de interés recordar el tratamiento que hace sobre este aspecto el *Codice Civile* italiano en cuyo artículo 1300 se trata lo referido a la novación celebrada por uno de los coacreedores solidarios con el deudor común señalándose que:

(6) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra, Lima, 2008, pp. 347-348.

"Artículo 1300.- Novazione

La novazione tra il creditore e uno dei debitori in solido libera gli altri debitori. Qualora però si sia voluto limitare la novazione a uno solo dei debitori, gli altri non sono liberati che per la parte di quest'ultimo.

Se convenuta tra uno dei creditori in solido e il debitore, la novazione ha effetto verso gli altri creditori solo per la parte del primo".

Al respecto Bianca señala que "en las obligaciones solidarias activas la novación celebrada entre el deudor y uno de los acreedores solidarios extingue el crédito originario este último. Los coacreedores no son perjudicados por la novación y conservan su parte del crédito, disminuido en la parte correspondiente al acreedor que ha novado"[7].

4.2. Novación celebrada sobre una parte de la deuda

Ahora consideremos la aplicación del artículo 1190 en un caso de novación celebrada por uno de los coacreedores solidarios con el deudor común, sobre la parte de la deuda que le corresponde conforme su participación en el crédito solidario, tomando para este análisis el caso hipotético desarrollado de forma precedente.

Pongamos en tal sentido, el caso en el cual uno de los cuatro coacreedores solidarios que tienen derecho al pago de los $ 40 000 000.00 decidiera celebrar un contrato de novación con el deudor común sobre su parte del crédito, acordando ambas partes, que en vez de pagar los $ 10 000 000.00 correspondientes a la parte del crédito solidario que corresponde al coacreedor contratante, el deudor común se obligará a la entrega de un inmueble de su propiedad. Esto es, que la obligación primitiva correspondiente al pago de los $ 10 000 000.00, por la parte que le correspondería al coacreedor solidario, conforme su participación en el crédito solidario, se extingue por la novación y se sustituye por la nueva obligación consistente en la entrega de un inmueble de propiedad del deudor común en su favor.

Ante este escenario se produce la aplicación del segundo párrafo del artículo 1190 en virtud del cual la novación celebrada por el coacreedor solidario y el deudor común genera que el coacreedor solidario se desvincule de la relación obligatoria solidaria, y pase a ubicarse como acreedor en una relación obligatoria singular en la cual ya no tendrá el derecho al cobro de lo que era su parte en el crédito solidario, es decir, la suma de $ 10 000 000.00, sino será acreedor del inmueble que fue la nueva prestación pactada con la novación. Por otro lado, el deudor seguirá estando obligado frente a los coacreedores solidarios restantes, dentro de la relación obligatoria solidaria, no obstante su prestación original, consistente en el pago de la suma de $ 40 000 000.00 se reducirá en la parte que correspondía al coacreedor que celebró la novación. En el caso, dicha porción ascendía a la suma de $ 10 000 000.00, por lo que el deudor seguirá obligado, pero solo al pago de $ 30 000 000.00.

5. De la compensación operada en favor de uno de los codeudores solidarios y la aplicación del artículo 1189

La compensación constituye un modo de extinción de las obligaciones, la misma que se halla regulada en el artículo 1295 del Código Civil, el cual establece de forma expresa lo siguiente:

(7) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile.* Volume IV La obligazione, Dott A. Giuffre, Milano, 1990, p. 729.

"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".

Sobre la compensación, doctrina italiana señala que "las calidades de acreedor y de deudor pueden concentrarse: un sujeto que en el ámbito de cierta relación obligatoria sea acreedor frente a otro puede figurar también como deudor de este último, en el contexto de una relación distinta. En esta situación, tal como se prevé en el artículo 1241 del Código Civil, ambas deudas se extinguen por las cantidades correspondientes, dando vida a aquella causa de extinción de la obligación que se denomina compensación"(8). De igual modo, se refiere que "esta institución responde a exigencias de carácter lógico y práctico. Resulta totalmente antieconómico, en efecto, que cada deudor realice su propio cumplimiento cuando, a consecuencia de las prestaciones recíprocas, los patrimonios de cada uno se beneficiarían de un enriquecimiento o sufrirán un empobrecimiento, que será igual solo a la diferencia de valor entre ambas prestaciones (y si las cantidades son exactamente iguales, no habrá ni enriquecimiento ni empobrecimiento)"(9). Finalmente se indica que "además, la compensación previene el riesgo de que alguien que pague en primer lugar no reciba, a su vez, la prestación a la que tiene derecho por causa de insolvencia sobrevenida de su deudor"(10).

5.1. Compensación efectuada sobre la totalidad de la deuda

Ahora bien, consideremos la aplicación del artículo 1190 en un caso en que la compensación haya operado en favor del deudor común y en base a la deuda contraída por uno de los coacreedores solidarios en beneficio de aquel, dentro de una relación obligatoria diferente, tomando para este análisis el caso hipotético desarrollado de forma precedente.

Pongamos en tal sentido, el caso que uno de los cuatro coacreedores solidarios, el que puede solicitar el pago de los $ 40 000 000.00, ocupa la posición de deudor del deudor común en otra relación obligatoria, de carácter simple, toda vez que esta relación se deriva de un contrato de mutuo, en la cual el coacreedor solidario había recibido un préstamo por la suma de $ 20 000 000.00 de parte de la empresa que ocupa la posición de deudor común en la relación obligatoria solidaria, y que el monto final, con liquidación de intereses asciende a la suma $ 40 000 000.00. Claramente entonces, ocurre que siendo ambas deudas, recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, cuando el coacreedor solidario exija el pago de los $ 40 000 000.00, el deudor común, podrá oponer la compensación entre el crédito de $ 40 000 000.00 que este posee en la primera relación y la deuda de $ 40 000 000.00 a la que está obligado en base a la relación obligación solidaria.

Ante este escenario se produce la aplicación del artículo 1190 en virtud del cual la compensación que opera en favor del deudor común y en perjuicio del coacreedor solidario, genera dos efectos jurídicos de importancia, uno que afecta la relación externa y otro, que repercute en la relación interna entre los coacreedores solidarios. En tal sentido, respecto de la relación externa, la compensación genera que el deudor común se libere de la obligación solidaria contraída, y que el crédito solidario se extinga en su totalidad con lo cual los demás coacreedores solidarios ya no podrán exigir el pago de los $ 40 000 000.00 en su favor.

(8) PALADINI, Mauro. Ob. cit., p. 283.
(9) Ídem.
(10) Ídem.

Respecto de la relación interna, el efecto jurídico producido es que el coacreedor solidario en cuyo perjuicio operó la compensación pasará a estar obligado a cumplir con el pago de las cuotas de crédito que le correspondiesen a los demás acreedores. Esto es, tendrá que asumir el pago de la parte del crédito solidario que le correspondía a los demás acreedores ($ 30 000 000.00) generándose en su esfera la obligación de pagar la suma de $ 10 000 000.00 a cada uno de los coacreedores restantes. Cada una de estas obligaciones se enmarcará en una relación obligatoria singular, y ya no dentro del marco de la solidaridad.

A efectos de corroborar la correcta aplicación del artículo 1190 en el caso de la compensación, es de interés citar al legislador quien tomando como base el ejemplo dado para el caso de la novación, citado previamente, señala que "si uno de los coacreedores hubiere compensado la totalidad de la obligación con el deudor común, dicho acreedor deberá restituir a cada uno de los otros dos coacreedores, en el mismo ejemplo propuesto, la suma de 20 000 nuevos soles, pues esta cantidad era aquella que inicialmente se pactó"[11].

Igualmente resulta de interés recordar el tratamiento que hace sobre este aspecto el *Codice Civile* italiano en cuyo artículo 1302 se trata lo referido a la compensación operada entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común señalándose que:

> "Artículo 1302.- Compensazione
>
> Ciascuno dei debitori in solido può opporre in compensazione il credito di un condebitore solo fino alla concorrenza della parte di quest'ultimo.
>
> A uno dei creditori in solido il debitore può opporre in compensazione ciò che gli è dovuto da un altro dei creditori, ma solo per la parte di questo".

Al respecto Bianca señala que "en las obligaciones solidarias activas el deudor puede oponer íntegramente, la compensación al acreedor, del derecho de crédito que tiene sobre este último"[12], agregando a ello que "el acreedor que ha sufrido la compensación por una deuda propia, está obligado a la restitución a los otros coacreedores por las partes correspondientes a aquellos. Si se ha hecho valer en la compensación la deuda de otro coacreedor, este último no tiene derecho de restitución por la parte compensada con su deuda"[13].

5.2. Compensación efectuada sobre una parte de la deuda

Ahora consideremos la aplicación del artículo 1190 en un caso en que la compensación haya operado en perjuicio de uno de los coacreedores solidarios, sobre la parte que le correspondía al referido acreedor en la deuda solidaria, tomando para este análisis el caso hipotético desarrollado de forma precedente.

Pongamos en tal sentido, el caso que uno de los cuatro coacreedores solidarios, quien puede exigir el pago de los $ 40 000 000.00, ocupa la posición de deudor del deudor común en otra relación obligatoria, de carácter simple, toda vez que esta relación se deriva de un contrato de mutuo, en la cual, el coacreedor solidario había recibido un préstamo por la suma de $ 5 000.00 de parte de la empresa que ocupa la posición de deudor común en la relación obligatoria solidaria, y que el monto final, con liquidación de intereses asciende a la suma de $10 000.00. Ocurre, que, siendo ambas deudas, recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones

(11) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 348.
(12) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 731.
(13) Ídem.

fungibles y homogéneas, en caso el coacreedor solidario exija el pago de $ 10 000 000.00 (es decir, que no exige el cobro total de la deuda solidaria, aun cuando puede hacerlo, sino solo la parte correspondiente a su cuota en el crédito solidario), el deudor común, podrá oponer la compensación entre el crédito de $ 10 000 000.00 que este posee en la primera relación y la deuda de $ 10 000 000.00 a la que está obligado en base a la relación obligación solidaria.

Ante este escenario se produce la aplicación del segundo párrafo del artículo 1190 en virtud del cual la compensación operada entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común, genera que la deuda total se reduzca en la parte en que se produjo la compensación. Es decir, que el deudor común ya no estará obligado a la suma inicial ascendente a $ 40 000 000.00 si no solo a la suma de $ 30 000 000.00, pues que la diferencia ya fue cancelada mediante la operación de compensación. Por otro lado, es importante mencionar, respecto de la participación en el crédito solidario del coacreedor, en cuyo perjuicio operó la compensación parcial, que en caso que este haya demandado judicialmente el cobro de su parte del crédito, sin hacer reserva del cobro del monto restante del crédito solidario, habrá renunciado a la solidaridad y por tanto, dada la compensación parcial operada en su contra, será excluido del crédito solidario sin ninguna posibilidad de solicitar en su favor el pago de los $ 30 000 000.00 restantes. En tal sentido, el referido artículo 1200 del Código Civil señala de forma expresa lo siguiente:

> "Artículo 1200.- El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.
>
> El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad".

Conforme se aprecia, si no se ha efectuado la reserva al cobro del monto restante, el coacreedor solidario será excluido del crédito solidario. Por el contrario, si efectúa la referida reserva, a pesar de haber sufrido la compensación por la suma de $ 10 000 000.00, en base al crédito solidario del cual permanece como partícipe, podrá solicitar el cobro de los $ 30 000 000.00 restantes.

Al respecto, Bianca, coloca el siguiente ejemplo sobre compensación parcial, "supongamos, por ejemplo, que A sea deudor de 100 millones hacia B y C, acreedores solidarios, y que a su vez sea acreedor de 60 millones respecto de B y de 10 millones respecto de C. Requerido el pago por parte de B, A podrá oponer en compensación el crédito hacia B (60) y aquel que tiene hacia C (10), debiendo proceder al pago del resto (30). C podrá pretender a B en concepto de restitución, la parte de la prestación que le corresponda, menos la parte compensada con su propia deuda (50 – 10=40)"[14].

6. De la condonación efectuada por uno de los coacreedores solidarios en favor del deudor común y la aplicación del artículo 1190

La condonación constituye un modo de extinción de las obligaciones, la misma que se halla regulada en el artículo 1295 del Código Civil, el cual establece de forma expresa lo siguiente:

> "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".

(14) Ídem.

Sobre la naturaleza jurídica de la condonación se señala que "en la doctrina es controvertida la configuración de la condonación. Hay quienes la ven como un acto unilateral y quienes la consideran un contrato" [15]. Al respecto, el mismo autor refiere que "la declaración de condonación es un acto unilateral de autonomía privada de carácter recepticio. Por ello, es eficaz desde el momento en que llega a conocimiento del deudor, y se presume conocida desde que llega a la dirección del destinatario. Si está dirigida a un sujeto distinto del deudor, la condonación es eficaz"[16]. No obstante, lo señalado por la doctrina italiana, es importante tomar en cuenta que conforme al tenor de nuestro artículo 1295, el cual, al hacer referencia a la condonación, señala explícitamente que esta se produce de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, estaríamos no ante un acto unilateral, sino frente al escenario de un acuerdo entre las dos partes de la relación obligatoria.

6.1. Condonación efectuada sobre la totalidad de la deuda

Ahora consideremos la aplicación del artículo 1190 en un caso de condonación efectuada por uno de los coacreedores solidarios en favor del deudor común, sobre la totalidad de la deuda solidaria, tomando para este análisis el caso hipotético desarrollado de forma precedente.

Pongamos en tal sentido, el caso que uno de los cuatro coacreedores solidarios que tienen derecho al pago de los $ 40 000 000.00 decidiera efectuar la condonación sobre la totalidad de la deuda en favor del deudor común. Esto es, que la obligación primitiva correspondiente al pago de los $ 40 000 000.00 se extingue al haber sido totalmente condonada por uno de los coacreedores solidarios.

Ante este escenario se produce la aplicación del artículo 1190 en virtud del cual la condonación efectuada por el coacreedor solidario en favor del deudor común, genera dos efectos jurídicos de importancia, uno que afecta la relación externa y otro, que repercute en la relación interna entre los coacreedores solidarios. En tal sentido, respecto de la relación externa, la condonación efectuada produce que el deudor común se libere de la obligación solidaria contraída, y que el crédito solidario se extinga en su totalidad con lo cual los demás coacreedores solidarios ya no podrán exigir el pago de los $ 40 000 000.00 en su favor.

Respecto de la relación interna, el efecto jurídico producido es que el coacreedor solidario que efectúo la condonación en favor del deudor común, pasará a estar obligado a cumplir con el pago de las cuotas de crédito que les correspondiesen a los demás acreedores. Esto es, tendrá que asumir el pago de la parte del crédito solidario que le correspondía a los demás acreedores ($ 30 000 000.00) generándose en su esfera la obligación de pagar la suma de $ 10 000 000.00 a cada uno de los coacreedores restantes. Cada una de estas obligaciones se enmarcará en una relación obligatoria singular, y ya no dentro del marco de la solidaridad.

A efectos de corroborar la correcta aplicación del artículo 1190 en el caso de la condonación, es de interés, citar al legislador quien tomando como base el ejemplo dado para el caso de la novación, citado previamente, señala que "si el acto celebrado entre uno de los coacreedores y el deudor común fuese una condonación sobre la totalidad de la deuda, resulta evidente que ella no deberá perjudicar, en manera alguna, a los coacreedores que no negociaron y celebraron dicho pacto, razón por la cual el acreedor que condonó la obligación al deudor

(15) PALADINI, Mauro. Ob. cit., p. 276.
(16) Ibídem, p. 277.

común deberá a cada uno de sus coacreedores las cantidad de 20 000 nuevos soles, monto del cual era acreedores en la obligación originaria"[17].

6.2. Condonación efectuada sobre una parte de la deuda

Ahora consideremos la aplicación del artículo 1190 en un caso de condonación efectuada por uno de los coacreedores solidarios en favor del deudor común, sobre la parte de la deuda que le corresponde conforme su participación en el crédito solidario, tomando para este análisis el caso hipotético desarrollado de forma precedente.

Pongamos en tal sentido, el caso en el cual uno de los cuatro coacreedores solidarios que tienen derecho al pago de los $ 40 000 000.00, efectúa la condonación, sobre su parte del crédito solidario ascendente a la suma de $ 10 000 000.00 en favor del deudor común. Ante este escenario se produce la aplicación del segundo párrafo del artículo 1190 en virtud del cual la condonación efectuada por el coacreedor solidario en favor del deudor común genera que la deuda total se reduzca en la parte en que se produjo la condonación. Es decir, que el deudor común ya no estará obligado, frente a los coacreedores solidarios, al pago de la suma inicial ascendente a $ 40 000 000.00 si no solo a la suma de $ 30 000 000.00, puesto que, como hemos visto, la diferencia de $ 10 000 000.00 le fue condonada.

Igualmente resulta de interés recordar el tratamiento que hace sobre este aspecto el *Codice Civile* italiano en cuyo artículo 1301 se trata lo referido a la condonación producida entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común señalándose que:

> "Artículo 1301. - Remissione
>
> La remissione a favore di uno dei debitori in solido libera anche gli altri debitori, salvo che il creditore abbia riservato il suo diritto verso gli altri, nel qual caso il creditore non può esigere il credito da questi, se non detratta la parte del debitore a favore del quale ha consentito la remissione.
>
> Se la remissione è fatta da uno dei creditori in solido, essa libera il debitore verso gli altri creditori solo per la parte spettante al primo".

Al respecto Bianca señala que "en las obligaciones solidarias activas la remisión del crédito hecha por uno de los coacreedores solidarios libera al deudor, por la parte referida a dicho coacreedor. Los otros coacreedores conservan su derecho de crédito, restando a aquel, la parte relativa al coacreedor que ha efectuado la remisión"[18].

7. De la transacción celebrada con uno de los coacreedores solidarios y la aplicación del artículo 1189

La transacción constituye un modo de extinción de las obligaciones, la misma que se halla regulada en el artículo 1302 del Código Civil, el cual establece de forma expresa lo siguiente:

> "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.

(17) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 348.
(18) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 730.

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".

Consideremos, entonces, la aplicación del artículo 1190 en un caso de una transacción celebrada por uno de los coacreedores solidarios con el deudor común, sobre la deuda, tomando para este análisis el caso hipotético desarrollado de forma precedente.

Pongamos, en tal sentido, el caso que el deudor común obligado al pago de los $ 40 000 000.00, se muestra renuente al pago de la deuda, frente al requerimiento de uno de los coacreedores solidarios. Claramente este enfrentamiento podría producirse en dos escenarios:

- El primero, el caso en el cual el coacreedor solidario exige al deudor común que le pague la totalidad de la deuda, y este se muestra renuente argumentando que no tiene nada que pagar, y, en consecuencia, se produce un escenario de litigio sobre el cobro de la deuda total.
- El segundo, el caso en el cual el coacreedor solidario exige al deudor común que le pague la parte de la deuda que le corresponde a aquel conforme a su nivel de participación en el crédito solidario, y frente a este requerimiento, el deudor común se muestra renuente argumentando que no tiene nada que pagar, y, en consecuencia, se produce un escenario de litigio sobre el cobro de una parte de la deuda total.

Dado que en ambos casos existe una situación en la cual las partes no se ponen de acuerdo sobre el pago de la deuda, estas podrían llegar a la celebración de una transacción en virtud de la cual, haciéndose concesiones recíprocas podrían evitar la litis judicial. Esto es, que al celebrar una transacción extinguirían la obligación previa y darían paso a una nueva obligación, con lo cual las partes darían por superada la litis inicial y pasarían a vincularse mediante una nueva relación obligatoria. Ahora bien, a efectos de determinar los alcances del artículo 1190 del Código Civil es necesario situarnos en cuál de las dos situaciones previamente mencionadas nos encontramos.

7.1. Transacción celebrada sobre la totalidad de la obligación

Si estamos en el primer escenario, en el cual el coacreedor solidario reclama al deudor común el pago de la totalidad de la deuda y la contraparte se niega, y como resultado de esto las partes celebran una transacción sobre la totalidad de la obligación, y por ende, sobre el crédito solidario, claramente es aplicable el primer párrafo del artículo 1190 del Código Civil, con lo cual se extingue la totalidad de la obligación solidaria, y el coacreedor solidario que celebró la transacción responde frente a los demás coacreedores solidarios, por la parte del crédito solidario que les corresponde a cada uno en su relación interna.

Analicemos este escenario, con el caso hipotético planteado de forma precedente. Así pongámonos en el caso que el coacreedor solidario le exija el pago de la totalidad de la deuda solidaria a al deudor común, es decir, le requiere el pago de $ 40 000 000.00, y como consecuencia de ello, el deudor común controvierte la obligación de pagar dicha deuda, ya sea porque argumente, que la obligación ya se pagó, porque prescribió o por cualquier otra razón. A efectos de solucionar dicho conflicto, y luego de una serie de negociaciones, el coacreedor solidario y el deudor común solidario llegan a la celebración de un acuerdo de transacción sobre el monto a pagar por la obligación controvertida, aceptando el coacreedor solidario que

el deudor común en adelante debe cumplir con una nueva obligación de pagar solo la suma de $ 20 000 000.00 y ya no la ascendente a los $ 40 000 000.00.

Claramente en este caso se aplica la regulación señalada en el artículo 1190, generándose así las siguientes repercusiones. En cuanto al deudor común que celebró la transacción, este se libera de la obligación solidaria, y pasa a estar obligado por una nueva obligación resultante de la transacción, ascendente a la suma de $ 20 000 000.00, la cual deberá pagar única y exclusivamente en favor del coacreedor solidario con quien celebró la transacción, pasando aquellos a una nueva relación obligatoria singular. De otro lado, el coacreedor solidario que celebró la transacción, tendrá que asumir el pago de la parte del crédito solidario que le correspondía a los demás acreedores ($ 30 000 000.00) generándose en su esfera la obligación de pagar la suma de $ 10 000 000.00 a cada uno de los coacreedores restantes. Cada una de estas obligaciones se enmarcará en una relación obligatoria singular, y ya no dentro del marco de la solidaridad.

A efectos de corroborar la correcta aplicación del artículo 1190 en el caso de la transacción, es de interés, citar al legislador quien tomando como base el ejemplo dado para el caso de la novación, citado previamente, señala que "si uno de los coacreedores y el deudor común, en fin, transigieran sobre la totalidad de la deuda, el acreedor que transigió cobrará al deudor común lo resultante de dicha transacción, pero deberá a sus otros dos coacreedores la cantidad originaria, aunque sea dudosa o litigiosa, al igual que en los tres casos anteriores"[19].

Igualmente resulta de interés citar el tratamiento que hace sobre este aspecto el *Codice Civile* italiano en cuyo artículo 1304 se regulan los alcances de la transacción celebrada por uno de los coacreedores solidarios con el deudor común. En tal sentido, el referido dispositivo señala lo siguiente:

> "Artículo 1304.- Transazione
>
> La transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare.
>
> Parimenti, se è intervenuta tra uno dei creditori in solido e il debitore, la transazione non ha effetto nei confronti degli altri creditori, se questi non dichiarano di volerne profittare".

Como se puede apreciar de una rápida lectura del artículo 1304 del *Codice Civile* italiano, este a diferencia de nuestro artículo 1190 no permite que uno de los coacreedores solidarios celebre con el deudor común, una transacción sobre la totalidad del crédito solidario, salvo que los demás coacreedores solidarios declaren que quieren aprovechar la transacción celebrada. Esta regulación es una clara consecuencia del principio de relatividad de los contratos, en virtud del cual las partes solo pueden vincularse por los efectos derivados de los contratos que ellas voluntariamente celebran, sin que sea posible, en términos de principio general, obligarlas a cumplir con las obligaciones impuestas por un contrato en cuya formación no han participado.

Al respecto Bianca señala que "codeudores y coacreedores permanecen extraños a la transacción si no se adhieren o se no se pueden adherir a aquella, en cuanto que el objeto de esta se ha limitado a las partes que celebran la transacción. En tal caso, encuentra aplicación

(19) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 348.

la regla general según la cual en la solidaridad pasiva la extinción de la deuda de uno de los deudores libera a los otros codeudores por la parte de la deuda extinta y en la solidaridad activa, la extinción del crédito de uno de los acreedores libera al deudor, con respecto a los otros coacreedores por la parte del crédito extinto"[20]. De igual modo se indica que "la razón de la elección efectuada por el legislador con el artículo 1304 c.c. de subordinar la eficacia de la transacción respecto de los sujetos extraños a la celebración del negocio, a la adhesión de aquellos, deriva sobre todo, de la imposibilidad de establecer *a priori* la ventaja de la estructura económica convenida por las partes, en cuanto caracterizada por las concesiones recíprocas efectuadas"[21]. Finalmente se señala que "la irrelevancia de la transacción, salvo la declaración de tomar provecho, respecto de aquellos que, incluso siendo partes de la relación obligatoria original, no han participado de la celebración del contrato de transacción deriva además de las mismas reglas sobre los contratos en general que excluyen la eficacia del contrato para los terceros, como resulta del artículo 1372 c.c"[22]. El artículo 1372 del *Codice Civile* italiano señala expresamente que:

> "Artículo 1372.- Efficacia del contratto
>
> Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.
>
> Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge".

Claramente esta reflexión podría ser reconducida a nuestro artículo 1363 el cual regula el principio de relatividad contractual, estableciendo expresamente que:

> "Artículo 1363.- Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles".

No obstante, como acabamos de analizar, nuestro artículo 1190 sí permite que la transacción celebrada entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común afecte a los coacreedores solidarios que no formaron parte de la transacción, extinguiéndose así, en su totalidad, la relación obligatoria solidaria.

7.2. Transacción celebrada sobre una parte de la obligación

Por el contrario, si nos encontramos en el segundo escenario, en el cual uno de los coacreedores solidarios reclama al deudor común solamente la parte que le corresponde en el crédito solidario, y la contraparte se niega, y como resultado de esta controversia ambas deciden celebrar una transacción referida solamente a la parte del crédito correspondiente al coacreedor solidario que solicitó el pago, claramente resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 1190, en cuanto que la transacción ya no se celebra sobre la totalidad del crédito solidario, sino únicamente sobre la parte del crédito solidario que corresponde al coacreedor solidario que celebra la transacción. En tal medida, celebrada la transacción, y conforme lo regulado por el segundo párrafo del artículo 1190 el coacreedor solidario que celebra la transacción se desvincula del crédito solidario y pasa a una nueva relación obligatoria entablada, con el deudor común, ahora como deudor singular. Por otro lado, el deudor común se mantiene obligado dentro de la relación obligatoria solidaria, no obstante, su el monto objeto de su

(20) BIANCA, Massimo. Ob. cit., pp. 740-741.
(21) EMILIOZZI, Enrico Antonio. *Le specie di obbligazioni Art. 1277-1320*, Editore Key, Milano, 2017, p. 253.
(22) Ídem.

obligación se reduce en la proporción que le correspondía en el crédito solidario al coacreedor que celebró la transacción.

Analicemos este escenario, con el caso hipotético planteado de forma precedente. Así, pongámonos en el caso que el coacreedor solidario le exija el pago de su parte del crédito solidario al deudor común, es decir, le requiere el pago de $ 10 000 000.00, y como consecuencia de ello, el deudor común controvierte la obligación de pagar dicha deuda, ya sea porque argumente que la obligación ya se pagó, porque prescribió o por cualquier otra razón. A efectos de solucionar dicho conflicto, y luego de una serie de negociaciones, el coacreedor solidario y el deudor común llegan a la celebración de un acuerdo de transacción sobre la parte del crédito solidario que corresponde al coacreedor solidario, acordando que el deudor cumplirá con una nueva obligación de pagar solo la suma de $ 5 000 000.00 y ya no la ascendente a $ 10 000 000.00

Claramente en este caso se aplica la regulación señalada en el segundo párrafo del artículo 1190, generándose así las siguientes repercusiones. En cuanto al coacreedor solidario que celebró la transacción sobre su parte del crédito solidario, este se desvincula de la obligación solidaria, y pasa a ser acreedor único del deudor común con quien celebró la transacción, el mismo que en la nueva relación obligatoria singular solo estará obligado al pago de los $ 5 000 000.00. Por otro lado, el referido deudor, todavía mantendrá su calidad de deudor común en la relación obligatoria solidaria, no obstante, su prestación original, consistente en el pago de la suma de $ 40 000 000.00 se reducirá en la parte que correspondía al coacreedor que celebró la transacción. En el caso planteado, dicha porción ascendía a la suma de $ 10 000 000.00, por lo que el deudor seguirá obligado, respecto a los coacreedores solidarios restantes, pero solo por el pago de $ 30 000 000.00.

DOCTRINA

BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Volume IV La obligazione, Dott A. Giuffre, Milano, 1990; EMILIOZZI, Enrico Antonio. Le specie di obbligazioni Art. 1277-1320, Editore Key, Milano, 2017; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Octava edición, Grijley, Lima, 2007; OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra, Lima, 2008; PALADINI, Mauro. "Los modos de extinción de las obligaciones distintos del cumplimiento". En: Breccia, Umberto, y otros. Derecho Privado. Parte I, Turín: UTET, 2003, traducido por Leysser L. León. En: LEÓN, Leysser. Derecho de las Relaciones Obligatorias. Jurista Editores, Lima, 2007.

Extinción de la solidaridad por consolidación

Artículo 1191.- ***La consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios solo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor.***

Concordancias:
C.C. arts. 1300, 1301; C.P.C. art. 321

Luis Bardales Siguas

Previo a entrar en el análisis del dispositivo legal mencionado, es importante señalar que este tiene sus precedentes legales nacionales tanto en el Código Civil de 1852 como en el Código Civil de 1936.

1. Antecedente legislativo en el Código Civil de 1852

De este modo, en el artículo 2250 del Código Civil de 1852 se señala expresamente lo siguiente:

> "Artículo 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".

Es importante, poner de relieve que el artículo mencionado se refiere a los deudores mancomunados, por lo cual podría entenderse que la norma no es propiamente un antecedente legislativo del artículo 1191 del Código Civil de 1984. No obstante, es importante recordar que, conforme a la regulación del Código Civil de 1852, la obligación solidaria era denominada también como mancomunada. De este modo el artículo 1293 del Código Civil de 1852 establece que:

> "Artículo 1293
>
> Es solidaria o mancomunada una obligación entre deudores, cuando puede exigirse su cumplimiento de cualquiera de ellos"

Igualmente es importante considerar que en el artículo 2250 la norma está pensada solo en el supuesto de la obligación solidaria pasiva, es decir, aquella en la que existe un único acreedor y varios deudores, espectro que como veremos después, nuestro actual artículo 1191 ha ampliado a todo tipo de solidaridad.

2. Antecedente legislativo en el Código Civil de 1936

Respecto del Código Civil de 1936, el artículo 1304 establece lo siguiente:

> "Artículo 1304.- La consolidación operada en la persona del acreedor o del deudor solidario, solo extingue la obligación hasta la concurrencia de su respectiva parte".

Claramente en el Código Civil de 1936 ya se hace referencia solamente a la obligación solidaria y el espectro de aplicación de la norma parece comprender a todo tipo de obligación solidaria, ya sea activa, pasiva o mixta.

3. Antecedente legislativo en otros ordenamientos jurídicos

Sobre los antecedentes legislativos del artículo bajo comentario, el legislador del Libro de Obligaciones del Código Civil ha señalado que "el artículo 1191 adopta la doctrina del artículo 1209 del Código Napoleónico, acogida por los artículos 2250 del Código Civil de 1852, 1545, tercer párrafo, del Código uruguayo, 1232 del Código venezolano y 1209 del Código dominicano"[1]. En tal sentido el artículo 1209 del *Code Civil* señala expresamente:

> "Article 1209
>
> Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier".

También podemos encontrar un tenor legal parecido en el *Codice Civile* italiano de 1942 el mismo que señala en su artículo 1253 los efectos de la denominada *confusione*. De este modo se establece expresamente lo siguiente:

> "Art. 1253. - Effetti della confusione.
>
> Quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona, l'obbligazione si estingue, e i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore sono liberati".

Igualmente en su artículo 1303, se establece la repercusión jurídica de la *confusione* en la denominada *obbligazione in solido*. De este modo, el mencionado dispositivo señala de forma expresa los siguiente:

> "Art. 1303.- Confusione
>
> Se nella medesima persona si riuniscono le qualità di creditore e di debitore in solido, l'obbligazione degli altri debitori si estingue per la parte di quel condebitore.
>
> Se nella medesima persona si riuniscono le qualità di debitore e di creditore in solido, l'obbligazione si estingue per la parte di questo".

Habiendo analizado en forma breve los antecedentes legislativos del actual artículo 1191, procedamos a un breve análisis de la institución de la consolidación.

4. La consolidación como modo de extinción de la obligación

La consolidación constituye uno de los modos de extinción de las obligaciones reguladas por el Código Civil, que se produce cuando respecto de una determinada relación obligatoria, la situación jurídica de crédito y de deuda pasan a coincidir en la esfera jurídica del mismo titular, con lo cual encontrándose crédito y deuda en una misma esfera patrimonial se eliminan de forma recíproca, puesto que nadie puede cobrarse ni pagarse a sí mismo. En tal sentido, se señala como efecto de la consolidación que "la reunión, en cabeza del mismo sujeto, de las cualidades contrapuestas de acreedor y deudor determinar la extinción de la obligación"[2]. Respecto a la determinación dogmática del modo de extinción que constituye la consolidación, se ha señalado, por un lado, que "parte de la doctrina, de más, ha considerado no poder

(1) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Octava edición, Grijley, Lima, 2007, p. 112.

(2) NERVI, Andrea. "Commento al artículo 1253". En: *Commentario del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli*, Libro Delle Obbligazione a cura di Vincenzo Cuffaro, artt. 1218-1276, UTET Giuridica, Torino, 2013, p. 645.

fácilmente catalogar la consolidación entre los modos satisfactivos o bien entre aquellos no satisfactivos"[3], mientras por otro lado se establece que "concentrándonos, sin embargo, en el fenómeno contemplado en los artículo 1253 y siguientes (...) hay que preguntar si él constituye un modo satisfactivo o no satisfactivo de extinción de la obligación. La respuesta en el primer sentido parece ser de preferir, atendiendo a que si es el acreedor quien sucede a su deudor, su interés (mas no el crédito) quedará, de alguna manera, satisfecho. Y si es el deudor quien sucede a su acreedor, quedará satisfecho el interés del primero en liberarse dl vínculo".[4]

En nuestro Código Civil la consolidación se regula en el artículo 1300, el mismo que se ocupa de establecer el carácter total o parcial de la extinción de una obligación como consecuencia de la producción de la consolidación. De este modo el artículo mencionado establece al pie de la letra lo siguiente:

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

El escenario al que más se recurre para ilustrar la figura de la consolidación, es el de la relación obligatoria entablada entre un padre y su único hijo, siendo que ambos familiares podrían haber celebrado un contrato de mutuo en virtud del cual el hijo asume la deuda de devolver la suma prestada más el pago de los intereses compensatorios respectivos. No obstante, si falleciere el padre, el hijo se convertiría, conforme al artículo 660 del Código Civil en su sucesor a título universal transfiriéndosele *ipso iure* todas las situaciones jurídicas patrimoniales del causante, incluidas dentro de estas, la situación jurídica de derecho de crédito referido al cobro de la suma prestada más los intereses. De este modo, el artículo 660 del Código Civil establece expresamente lo siguiente:

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

Es claro que en esta situación se extingue la deuda por completo toda vez concurren en la esfera patrimonial de un mismo sujeto de derecho, las situaciones jurídicas de crédito y de deuda. Otro supuesto de consolidación que puede ilustrar tal instituto es la figura de la fusión por absorción, en virtud del cual una empresa se fusiona con otra por medio de su absorción, tal como se regula en el artículo 344 de la Ley General de Sociedades, la misma que establece al respecto lo siguiente:

> "Artículo 344.- Concepto y formas de fusión
>
> Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley.
>
> Puede adoptar alguna de las siguientes formas:
>
> (...)
>
> 2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas.

(3) CICERO, Cristiano. "Confuione Contributo allo studio del rapporto unisoggettivo". En: *Il Codice Civile Commentario fondato* da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli, Confusione Artt. 1253-1255, Giuffre Editore, Milano, 2012, 6.

(4) BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco D. *Diritto Civile 3* Obligazzioni e contratti, traducido por Leysser L. León, UTET, Turín, 1992, 181. En: LEÓN, Leysser L. *Derecho de las Relaciones Obligatorias*. Jurista Editores, Lima, setiembre, 2007, p. 218.

> La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas. En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso".

Respecto de la producción del efecto extintivo de la consolidación a raíz de la fusión por absorción, se puede tomar en cuenta lo señalado respecto de los efectos de esta clase de función. A tal efecto se ha señalado que "en la fusión por absorción, una sociedad ya existente incorpora a su seno a otra u otras que se disuelven sin liquidarse, adquiriendo la sociedad absorbente la titularidad de los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida"[5]. Y esta consecuencia jurídica es la que se contempla en el artículo 353 de la Ley General de Sociedades, la misma que sobre la entrada en vigencia de la fusión y la extinción de los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida y su asunción por parte de la sociedad absorbente señala:

> Artículo 353.- Fecha de entrada en vigencia
>
> La fusión entra en vigencia en la fecha fijada en los acuerdos de fusión. **En esa fecha cesan las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, los que son asumidos por la sociedad absorbente o incorporante.**
>
> Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la fusión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro, en la partida correspondiente a las sociedades participantes. La inscripción de la fusión produce la extinción de las sociedades absorbidas o incorporadas, según sea el caso.
>
> Por su solo mérito se inscriben también en los respectivos registros, cuando corresponda, la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los patrimonios transferidos".

Claramente en el caso que la empresa absorbida haya sido de forma previa, deudora de la empresa absorbente, al extinguirse la personalidad jurídica de la primera y transferir todos sus activos y pasivos a la otra empresa, esta última se convertirá simultáneamente en titular del derecho de crédito y de la deuda pertenecientes a la misma relación obligatoria, por lo cual se producirá la extinción de la deuda. Prosiguiendo con la regulación de la consolidación es importante señalar que el Código Civil, continúa la regulación de la institución en su artículo 1301, el mismo que se encarga de establecer los efectos del cese de la consolidación. En tal medida la norma aludida señala de forma expresa lo siguiente:

> "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".

Habiendo analizado brevemente la figura de la consolidación pasemos al análisis del artículo 1191 de nuestro Código Civil.

5. Los efectos extintivos de la consolidación producida en una relación obligatoria solidaria

El artículo 1191 del Código Civil, dispositivo legal materia de comentario regula los efectos de la consolidación producida en el marco de una relación obligatoria regulada por las

(5) REJÓN, Adriana Beatriz. *Sociedades civiles y comerciales. Cooperativas, asociaciones y fundaciones.* Juris, Rosario, 2000, p. 111.

reglas de la solidaridad. La dificultad del artículo, por lo tanto está relacionada con el análisis de los diferentes supuestos de afectación de la relación obligatoria solidaria por causa de la producción de la consolidación. De este modo, sobre la base de lo establecido en el artículo 1191 del Código Civil, así como de la clasificación de las obligaciones plurisubjetivas, tenemos que la consolidación puede producir tres tipos de supuestos diversos, de acuerdo a qué clase de plurisubjetividad nos encontramos. Procedamos a analizar tales escenarios.

5.1. Consolidación en una relación obligatoria de solidaridad activa

En el escenario de la obligación solidaria activa, estamos ante una relación obligatoria en la cual existe una pluralidad de acreedores frente a un solo deudor, en virtud de la cual cada uno de estos acreedores puede exigir el pago total de la obligación solidaria al único deudor. A efectos de ilustrar la aplicación del artículo comentado procedamos a analizar el siguiente caso teórico:

Se trata del escenario en el que tres sujetos celebran en calidad de mutuantes un contrato de mutuo en virtud del cual prestan la suma de $ 600 000.00 en favor de una cuarta persona. Es fundamental tomar en cuenta que uno de los acreedores es el padre del deudor. Siendo estas las circunstancias particulares del caso, si un mes después de la celebración del contrato y entrega del dinero, el padre fallece, el único deudor pasaría a ocupar el crédito solidario en la cuota o proporción que le correspondía a su padre, por lo cual el mismo, sería acreedor de $ 200 000.00 en la cuota interna del crédito solidaria y a la vez deudor de los $ 200 000.00 que le corresponde como parte de la deuda solidaria (en este caso, no estamos ante una cuota interna, puesto que solo existe un deudor solidario).

Vista tales circunstancias se produce la consolidación en la esfera del deudor respecto de la cuota de crédito ideal de su padre, ahora ya fallecido y la parte del total de la deuda solidaria que corresponde a dicha cuota ideal, es decir los $ 200 000.000, por lo cual, en aplicación del artículo 1191 del Código Civil, el mismo que señala que **"la consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios solo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor"**, la suma del total de la deuda solidaria que originalmente ascendía al monto de $ 600 000.00, una vez fallecido el padre del único deudor solidario, se reduce al monto de $ 400 000.00, siendo esta la única suma que será materia de la obligación solidaria, en adelante.

5.2. Consolidación en una relación obligatoria de solidaridad pasiva

En el escenario de la obligación solidaria pasiva, estamos ante una relación obligatoria en la cual existe una pluralidad de deudores frente a un solo acreedor, en virtud de la cual el único acreedor puede exigir el pago total de la obligación solidaria a cualquiera de los deudores solidarios. Para efectos de ilustrar la aplicación del artículo comentado procedamos a analizar el siguiente caso teórico:

Se trata del escenario en el que una empresa de alta solvencia financiera celebra en calidad de mutuante un contrato de mutuo en virtud del cual prestan la suma de $ 800 000.00 en favor de cuatro empresas que necesitan tal financiamiento para desarrollar un negocio en conjunto. Ahora bien, si un mes después de producida la celebración del contrato y entrega del dinero, la empresa acreedora decide celebrar un acuerdo de fusión por absorción con una de las empresas deudoras, la única empresa acreedora pasaría a ocupar la deuda solidaria en la cuota o proporción que le correspondía a la empresa absorbida, por lo cual ella misma sería deudora de $ 200 000.00 en la cuota interna de la deuda solidaria, y a la vez acreedor de los

$ 200 000.00 que le corresponde como parte del crédito solidario (en este caso, no estamos ante una cuota interna, puesto que solo existe un acreedor solidario)

Vista tales circunstancias se produce la consolidación en la esfera de la empresa acreedora respecto de la cuota de deuda ideal de la empresa deudora absorbida y la parte del total del crédito solidario que se corresponde a dicha cuota ideal, es decir los $ 200 000.000, por lo cual, en aplicación del artículo 1191 del Código Civil, el mismo que señala que **"la consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios solo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor"**, la suma del total de la deuda solidaria que originalmente ascendía al monto de $ 800 000.00, una vez que entra en vigencia la fusión por absorción de una de las empresas deudoras, se reduce al monto de $ 600 000.00, siendo esta la única suma que será materia de la obligación solidaria, en adelante, a cargo de las tres empresas codeudoras solidarias restantes.

5.3. Consolidación en una relación obligatoria de solidaridad mixta

En el caso de una obligación solidaria mixta, en ambas partes existe una pluralidad de acreedores y una pluralidad de deudores, por lo cual cada uno de los acreedores solidarios que integran la relación obligatoria pueden exigir el pago de la totalidad de la obligación, a cualquiera de los deudores solidarios. A efectos de ilustrar la aplicación del artículo comentado procedamos a analizar el siguiente caso teórico:

Se trata del escenario en el que tres empresas (A, B y C) celebran en calidad de mutuantes un contrato de mutuo en virtud del cual prestan la suma de $ 300 000.00 en favor de otras tres empresas (D, E y F). A tal escenario, agregamos que la empresa A decide celebrar una fusión por absorción, un mes después de la celebración del mutuo, con la empresa D, con lo cual esta última queda absorbida por la primera. Siendo esto así, la empresa acreedora A pasaría a ocupar la deuda solidaria en la cuota o proporción que le correspondía a la empresa absorbida D, por lo cual aquella pasaría a ser deudora de $ 100 000.00 en la cuota interna de la deuda solidaria, y a la vez acreedora de los $ 100 000.00 dentro de la cuota interna del crédito solidario. Vista tales circunstancias se produce la consolidación en la esfera de la empresa A respecto de la cuota ideal de la deuda solidaria (que le correspondía a D) y la cuota de crédito ideal (correspondiente a la propia A), por lo cual, en aplicación del artículo 1191 del Código Civil, el mismo que señala que "la consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios solo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor", la suma del total de la deuda solidaria que originalmente ascendía al monto de $ 300 000.00, una vez se produce la consolidación, se reduce al monto de $ 200 000.00, siendo esta la única suma que será materia de la obligación solidaria, en adelante, entre los acreedores B y C, y los deudores E y F, que no formaron parte de la fusión por absorción.

DOCTRINA

BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco D. Diritto Civile 3 Obligazzioni e contratti, traducido por Leysser L. León, UTET, Turín, 1992, 181. En: León, Leysser L. Derecho de las Relaciones Obligatorias. Jurista Editores, Lima, setiembre, 2007; CICERO, Cristiano. "Confuione Contributo allo studio del rapporto unisoggettivo". En: Il Codice Civile Commentario fondato da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli, Confusione Artt. 1253-1255, Giuffre Editore, Milano, 2012; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Octava edición, Grijley, Lima, 2007; NERVI, Andrea. "Commento al artículo 1253". En: Commentario del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli, Libro Delle Obbligazione a cura di Vincenzo Cuffaro, artt. 1218-1276, UTET Giuridica, Torino, 2013; REJÓN, Adriana Beatriz. Sociedades civiles y comerciales. Cooperativas, asociaciones y fundaciones. Juris, Rosario, 2000.

Excepciones personales y comunes entre acreedores y deudores solidarios

Artículo 1192.- *A cada uno de los acreedores o deudores solidarios solo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores.*

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ

A una pretensión puede oponerse una excepción[1]. Se distingue entre medios de defensa y excepciones. Las defensas previas o medios de defensa previos se basan en leyes materiales, que atacan el derecho de acción en sí mismo o algunos aspectos de su ejercicio[2] (vicios de la voluntad, la excepción de incumplimiento, el pago); pueden oponerse solo al contestar la demanda; llámense previas porque el juez deberá pronunciarse en primer término sobre ellas antes de entrar al fondo del litigio. En cambio, las excepciones propiamente dichas, de contenido procesal, tienen por objeto: exigir el cumplimiento de formalidades establecidas para la presentación de la demanda[3] (excepción de incompetencia, de cosa juzgada, de transacción etc.).

Escribe Devis Echandía: *La defensa* es la contradicción del derecho del actor, negación de ese derecho y la oposición a su reconocimiento en el proceso; de modo que tiende a destruir la relación jurídica o derecho invocado por el acto en sí mismo, directamente, pero sin oponerse a la actividad jurisdiccional puesta en movimiento, o sea, el curso del juicio y a su culminación con una sentencia, ya que el desistimiento del derecho debe declararse precisamente en la sentencia. *La excepcion*[4], en cambio, es la oposición a la actividad jurisdiccional desatada, al curso del proceso y, por tanto, a los efectos de la acción, entendida en su verdadero y técnico sentido (como derecho subjetivo público a la realización del proceso y a la sentencia); no se ataca al derecho material pretendido por el actor o a la relación jurídica alegada, sino al procedimiento, y se refiere a irregularidades del proceso que impiden su desarrollo en forma absoluta o temporal.

El artículo 1192 utiliza la palabra *excepciones* con el significado de *medios de defensa* de los que puede valerse el codeudor solidario demandado frente a las pretensiones del demandante. Las excepciones o defensas, *latu sensu,* se clasifican desde el punto de vista material, sustancial (no procesal), en *comunes* que atacan la fuente misma de la obligación, o sea, el mismo vínculo jurídico (condición resolutoria, prescripción, cosa juzgada, nulidad absoluta, pago, etc.), y en personales, que solo son alegadas por el deudor beneficiario, es decir, solo aprovechan para él (anulabilidad, plazo, condición, transacción, cesión de derechos, etc.).

El término excepciones, en el caso del artículo 1192, tiene un significado amplio, comprensivo de todo medio de defensa; no un sentido restringido, en el sentido técnico de la

(1) WINDSCHEID, Bernardo. "Las pretensiones jurídicas *(Anspriiche).* Las excepciones". Traducción de Santiago Sentís Melendo. En: CASTANEDA SERRANO, César (compilador). *Excepciones procesales.* Palestra, Lima, 1997, p. 28.

(2) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. Teoría del proceso ordinario.* 2ª edición, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968, p. 51.

(3) ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.* Tomo II. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942, pp. 85 y ss.

(4) DEVIS ECHANDIA, Hernando, "De la excepción". En: CASTANEDA SERRANO, César (compilador). *Excepciones procesales.* Ob. cit., p. 140.

palabra[5]. Claro Solar[6] dice que la palabra *excepciones* de que la ley se sirve no tiene aquí el sentido de medios de procedimiento que el Código Procesal establece para la regularidad de la marcha del juicio y su procedencia, sino el de defensas o medios de fondo que afectan a la existencia misma de la obligación. La ley las clasifica en *excepciones que resultan de la naturaleza de la obligacion,* es decir, *excepciones comunes, y excepciones personales* al deudor que los alega.

A cada codeudor o acreedor solidario solo se les puede oponer las excepciones *personales,* esto es, las que les afectan directamente y no a los demás codeudores o coacreedores, por ejemplo, si el deudor aduce que el acto jurídico, fuente de la obligación, es nulo o anulable, porque al momento de contraerla era un incapaz absoluto o porque lo celebró bajo los efectos de los vicios de la voluntad, casos en los que la invalidez del acto no alcanzaría necesariamente a los demás codeudores (como es el caso del art. 223); y las *comunes,* es decir, las que les afectan a él y sus otros codeudores o coacreedores, como es la nulidad de la obligacion contraria a normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, o porque el objeto es ilícito, imposible o indeterminado, o el fin es ilícito, o no se ha observado la forma prescrita bajo sanción de nulidad; la novación, la condonación total, la consolidación total, etcetera.

Según León Barandiarán[7], son excepciones *comunes,* por ejemplo, la falta o ilegitimidad del objeto, el vicio del consentimiento de parte de todos los deudores, la lesión, la nulidad absoluta. Igualmente asumen tal caracter, el pago, la rernisión, la novación, la prescripción. Estas excepciones pueden tener su origen coetáneamente a la formación del vínculo o posteriormente. Son excepciones *personales,* concernientes a un deudor, por ejemplo, los vicios del consentimiento de un deudor determinado, su incapacidad para obligarse; en general las nulidades relativas; y el plazo o la condición estipulados en beneficio de un deudor.

Sostiene Claro Solar[8] que las excepciones *comunes,* resultan de la naturaleza de la obligación, se les llama tambien "reales", y son las siguientes: 1) la nulidad absoluta, que vicia a la obligación misma respecto de todos y puede ser invocada por todos; 2) las modalidades comunes a todos los deudores, o que dicen relación con toda la obligación; 3) las causas de extinción que afectan a todos los deudores y a toda la obligación, como el pago, la remisión total, la renovación, la confusión total, el evento de la condición resolutoria, la transacción, la prescripción. Agrega a estas la compensación. En cambio, las excepciones *personales* competen a uno o mas deudores solidarios, no tienen relación con la obligación misma, sino que dependen del estado o calidad de la persona, o son el resultado de determinadas condiciones

(5) LEÓN BARANDIARÁN. José. *Comentarios al Código Civil peruano.* Vol. II: Obligaciones. Modalidades y efectos. Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 158.

Código Civil francés: Art. 1208. "El deudor solidario perseguido por el acreedor puede oponer todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y todas las que le son personales, así como las que son comunes a todos los codeudores: No puede oponer las excepciones que son puramente personales a algunos de los otros codeudores."

Código Civil de Andrés Bello: "El deudor demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas. Pero no puede oponer, por via de compensación, el crédito de un codeudor solidario contra el demandante, si el deudor solidario no le ha cedido su derecho" (art. 1577 del Código civil colombiano; art. 1520 del Código civil chileno).

Código Civil italiano: Art. 1297. "*Excepciones personales.* Uno de los deudores solidarios no puede oponer al acreedor las excepciones personales a los otros deudores. A uno de los acreedores solidarios el deudor no les puede oponer las excepciones que son personales a los otros acreedores".

(6) CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado.* Tomo X: De las obligaciones. Vol. I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 438.

(7) LEÓN BARANDIARÁN, José. Ob. cit., p. 158.

(8) CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., p. 439 y ss.

en que se encontraban en el momento de contratar; no pueden ser deducidas ni opuestas sino por la persona a quien afectan o respecto de la cual se producen los hechos en que se fundan. Son personales: 1) las causas de rescisión del acto o contrato, como la omisión de requisitos exigidos por la ley en consideración a la persona, los vicios del consentimiento; 2) las modalidades establecidas en beneficio de ciertos deudores, como el plazo, la condición; 3) las causas de extincion de la obligación que afectan a ciertos deudores, como la condonación parcial de la deuda que el acreedor ha hecho exclusivamente a uno de los deudores solidarios; 4) los privilegios concedidos a ciertos deudores, como la cesión de bienes, el beneficio de competencia.

Si se declara fundada una excepcion personal, la obligación es ineficaz con relación al que la propuso, pero seguirá produciendo todos sus efectos entre los demás codeudores y acreedores. En cambio, si se declara funda una excepción común, la obligación se extingue totalmente y para todos.

DOCTRINA

ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Procesal Civil. Teoría del proceso ordinario. 2ª edición, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968; ALSINA, Hugo, Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo II. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1942; DEVIS ECHANDIA, Hernando, "De la excepción". En: CASTANEDA SERRANO, César (compilador). Excepciones procesales; CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Tomo X: De las obligaciones. Vol. I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988; LEÓN BARANDIARÁN. José. Comentarios al Código Civil peruano. Vol. II: Obligaciones. Modalidades y efectos. Ediar, Buenos Aires, 1956; WINDSCHEID, Bernardo. "Las pretensiones jurídicas (Anspriiche). Las excepciones". Traducción de Santiago Sentís Melendo. En: CASTANEDA SERRANO, César (compilador). Excepciones procesales. Palestra, Lima, 1997.

Efectos de la sentencia judicial entre acreedores y deudores solidarios

Artículo 1193.- ***La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.***

Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que este pueda oponer a cada uno de ellos.

Concordancias:
C.P.C. art. 123

Luis Bardales Siguas

Previo a entrar en el análisis del dispositivo legal mencionado, es importante señalar que este tiene su precedente nacional en el Código Civil de 1936.

1. Antecedente legislativo en el Código Civil de 1936

De este modo, como se puede observar en el texto del Código Civil de 1936, el artículo 1218 establece expresamente lo siguiente:

> "Artículo 1218.- El codeudor solidario demandado para el pago puede oponer al acreedor las excepciones que le fuesen personales y las que tengan el carácter de comunes.
>
> Las excepciones personales y la cosa juzgada basada en ellas, no aprovecharán a los otros codeudores"(1).

Es claro que el texto del segundo párrafo del artículo 1218 del Código Civil de 1936, aunque con un tenor bastante distinto del artículo 1193 de nuestro actual Código Civil de 1984, se ocupa al igual que este último, de los efectos de la sentencia emitida en un proceso entablado entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor, aunque su espectro aparentemente se refiere solo al escenario de la solidaridad pasiva, y no como nuestro actual artículo 1193 el cual regula tanto el escenario de la solidaridad pasiva como el de la solidaridad activa.

En tal medida, respecto a las implicancias de la cosa juzgada en la relación obligatoria solidaria, Castañeda, señala expresamente que "nuestro Código Civil, en su artículo 1218, dispone con claridad que la cosa juzgada basada en excepciones puramente personales no puede ser utilizada por otros codeudores. Hay excepciones que solo pueden ser invocadas por un deudor solidario determinado por lo que la sentencia firme que se dicte apoyada en ellas no constituirá cosa juzgada para los demás codeudores"(2). Al respecto, Osterling citando a Barandiarán señala que para entender el contenido del artículo 1193 "resultan ilustrativos los conceptos vertidos por José León Barandiarán, en relación a su antecesor inmediato (...) para unos la cosa juzgada solo tiene efecto entre el acreedor y el deudor que fueron partes en el juicio respectivo; para los demás deudores es *res inter alios acta*. Para otros doctos, contrariamente,

(1) El texto del Código Civil peruano de 1936 se puede ubicar en el siguiente enlace: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf>.

(2) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Teoría General de las Obligaciones, Talleres Gráficos Villanueva, Lima, 1957, p. 295.

trasciende tal efecto a los demás deudores. Y para una tercera opinión, hay que distinguir según que la sentencia haya sido favorable o adversa al acreedor (...) Según la última parte del artículo 1218 la cosa juzgada no tiene eficacia para los demás deudores, cuando aquella concierna a excepciones meramente personales; de lo que se deduce contrario sensu, que sí la tiene cuando se trata de excepciones de carácter común"[3]. Procedamos al análisis de los antecedentes legislativos desarrollados en otros ordenamientos jurídicos.

2. Antecedente legislativo en otros ordenamientos jurídicos

Sobre los antecedentes legislativos del artículo bajo comentario, el legislador del Libro de Obligaciones del Código Civil ha señalado expresamente que "el artículo 1193, por su parte, se inspira en el artículo 1306 del Código Civil italiano y en el artículo 522 del Código Portugués"[4]. En tal sentido, el último de los artículos citados señala expresamente lo siguiente:

> "Artigo 522
>
> O caso julgado entre o credor e um dos devedores não é oponível aos restantes devedores, mas pode ser oposto por estes, desde que não se baseie em fundamento que respeite pessoalmente àquele devedor" [5].

De igual modo, el artículo 1306 del *Codice Civile* señala expresamente lo siguiente:

> "Art. 1306 Sentenza
>
> La sentenza pronunziata tra il creditore e uno dei debitori in solido, o tra il debitore e uno dei creditori in solido, non ha effetto contro gli altri debitori o contro gli altri creditori.
>
> Gli altri debitori possono opporla al creditore, salvo che sia fondata sopra ragioni personali al condebitore; gli altri creditori possono farla valere contro il debitore, salve le eccezioni personali che questi può opporre a ciascuno di essi"[6].

3. Análisis del artículo 1193 del Código Civil en base al artículo 1306 del *Codice Civile* italiano

Conforme apreciamos en la cita de los antecedentes tenemos que el legislador hace mención al ordenamiento jurídico italiano, el mismo cuyo artículo 1306 contiene un tenor legal que se replica en el artículo 1193 de nuestro actual Código Civil, por lo que procedemos a analizar el contenido de nuestro dispositivo legal a partir de lo señalado también por la doctrina italiana respecto de su artículo 1306.

Sobre el contenido del precepto materia de análisis la doctrina nacional señala expresamente que "advertimos que en él se respeta plenamente el principio de la triple identidad de la cosa juzgada, ya que esta únicamente surte efecto entre las partes que litigaron. No obstante ello, el Código ha considerado lógico precisar que si dicha sentencia versa sobre un

(3) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, pp. 357-358.

(4) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. 8ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 113.

(5) El texto del Código Civil portugués se puede ubicar en el siguiente enlace: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>.

(6) El texto del Código Civil italiano se puede ubicar en el siguiente enlace: <https://www.altalex.com/documents/news/2015/01/08/delle-obbligazioni-in-generale>.

aspecto común a los demás codeudores o coacreedores que no litigaron esta puede perjudicarlos o beneficiarlos"[7]. Se justifica esto señalando que "la razón es obvia, porque de lo que ha tratado el proceso judicial es, precisamente, sobre un asunto atinente a todos ellos"[8]. De otro lado "si el asunto materia del juicio tuviese exclusiva relación con el codeudor o coacreedor, los efectos de la resolución judicial solo recaerían respecto a quienes litigaron, ya que no habría razón alguna para extender tales efectos a los otros"[9].

Al respecto, la doctrina italiana, sobre el artículo 1306 del *Codice Civile* señala que "el artículo regula la hipótesis que una vez emitida la sentencia, luego del respectivo juicio entablado entre el deudor y uno de los acreedores (es decir, en un proceso judicial en el cual no hayan participado los otros coacreedores), se instaure un nuevo proceso de conocimiento, con el mismo petitum y la misma *causa petendi*, entre el acreedor y otro deudor o entre otro acreedor y el deudor. Resolviendo la polémica surgida bajo, el Código Civil abrogado, el legislador de 1942 entre las posibles soluciones ha elegido aquella intermedia, en virtud de la cual la cosa juzgada tiene efecto respecto de los otros codeudores o coacreedores, solo en tanto se favorable a ellos, pero con una variante formal"[10].

Se prosigue el razonamiento señalando que "el artículo, materia de análisis, afirma en su primer parágrafo la regla, derivada de los principios generales sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada (...), de la ineficacia de los otros no participantes en la sentencia emitida respecto de uno solo de los copartícipes; pero en el parágrafo 2 coloca una excepción, debida no a razones técnicas sino a una evaluación de los intereses en conflicto, concediendo a los otros codeudores o coacreedores de utilizar los efectos de la sentencia si les favorece, pero no atribuyendo a aquella una eficacia inmediata respecto de aquellos, sino más bien el poder de apropiarse de aquellos efectos"[11].

Igualmente Bianca señala que "las obligaciones solidarias constituyen relaciones obligatorias distintas que sobre el plano procesal pueden ser accionadas singularmente sin que exista litisconsorcio necesario entre codeudores o coacreedores. Es, por consiguiente, posible que venga decidida con sentencia una causa que tenga como objeto a la obligación solidaria, pero respecto de la cual, permanezcan desvinculados los otros codeudores o coacreedores. La desvinculación de la causa implica la desvinculación de la sentencia"[12]. No obstante ello "la disciplina legal de la solidaridad prevé que, análogamente a los actos negociales de accertamento, también la sentencia pueda beneficiar a los otros codeudores o coacreedores"[13]. En síntesis, de lo dicho "la sentencia pronunciada respecto de uno de los deudores solidarios no tiene efecto en perjuicio de los otros codeudores, mientras estos pueden tomar provecho de aquella. La sentencia pronunciada, respecto de uno de los acreedores solidarios no tiene efecto en perjuicio de los otros coacreedores, los cuales pueden en cambio sacar provecho de aquella oponiéndola al deudor"[14]. A efectos de tener un mejor panorama respecto del contenido del mencionado artículo, desarrollemos los dos escenarios de su aplicación. Esto es, tanto en el caso de la solidaridad pasiva como en el caso de la solidaridad pasiva.

(7) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., 358.
(8) Ídem.
(9) Ídem.
(10) PERLINGIERI, Pietro, *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro Quarto, UTET, Torino, 1980, p. 216.
(11) Ídem.
(12) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile.* Volume IV La obligazione, Dott A. Giuffre, Milano, 1990, pp. 741-742.
(13) Ibídem, p. 742.
(14) Ibídem, pp. 742-743.

3.1. Aplicación del artículo 1193 en el caso de la solidaridad pasiva

Como ya se ha señalado en los comentarios precedentes, la solidaridad pasiva se produce en un caso en el cual estamos en una relación obligatoria en la que la parte acreedora está compuesta por un solo sujeto, mientras la parte deudora se encuentra compuesta de una pluralidad de sujetos. Así tenemos el siguiente gráfico:

Parte acreedora	Parte deudora
	O
O	O
	O

Teniendo este panorama, respecto de la solidaridad pasiva tenemos que el artículo 1193 tiene tres aspectos: el primero, la vinculación de la sentencia con los demás codeudores, el segundo, la posibilidad de los codeudores de oponer esta sentencia al acreedor, y el tercero, la imposibilidad de los codeudores solidarios de emplear esta sentencia cuando la misma se haya emitido en base a relaciones personales. Procedamos a analizar ambos aspectos:

(i) De la vinculación de la sentencia con los otros codeudores solidarios

Que, en aplicación del artículo 1193, cuando el acreedor obtiene una sentencia favorable en contra de uno de los codeudores solidarios, esta sentencia no surte efecto contra los demás codeudores solidarios. De este modo, se señala que "precisamente la sentencia pronunciada respecto de uno de los codeudores solidarios no tiene efecto en perjuicio de los otros codeudores solidarios"[15].

Esto en la práctica lo que quiere decir es que el acreedor que obtiene una sentencia favorable contra uno de los codeudores, si pretende una declaración judicial que obligue a los demás codeudores solidarios al pago de la deuda solidaria, debe iniciar otros procesos judiciales contra los demás codeudores solidarios, pues la primera de las sentencias solo vincula al codeudor demandado. En tal sentido, para ilustrar el artículo 1306 del *Codice Civile* se establece la hipótesis que "el acreedor (A) llama a juicio a uno de los dos deudores solidarios (B) y obtiene respecto de este la condena al pago de la deuda. La sentencia no causa estado contra el otro deudor no demandado (C). La condena de este último requerirá, por consiguiente, un nuevo juicio"[16].

(ii) Sobre la posibilidad de los codeudores de oponer esta sentencia al acreedor

Que la sentencia pronunciada entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios, puede ser aprovechado por los demás codeudores contra el referido acreedor, se entiende en el caso en el que la sentencia haya sido desfavorable para el acreedor solidario y favorable para el codeudor demandado. Así, por ejemplo, imaginemos una sentencia que determine que el codeudor demandado ya había cumplido con el pago de la deuda solidaria, declarándose infundada la demanda interpuesta en su contra. Es claro, que esta sentencia que declara infundada la demanda del acreedor puede ser empleada por los demás codeudores solidarios como prueba en otro proceso, de que ellos no están obligados a pagar dicha deuda pues la misma, de acuerdo a la sentencia emitida en el proceso previo ha declarado que la deuda ya había sido pagada.

(15) Ibídem, p. 742.
(16) Ibídem, p. 743.

Igualmente se ejemplifica este escenario con el análisis del artículo 1306 italiano, cuando en el "juicio contra el primer deudor (B) la sentencia haya determinado la invalidez del pacto sobre los intereses convencionales y reducido la pretensión del acreedor. El deudor no demandado (C) podrá beneficiarse de la sentencia y oponer al acreedor esta decisión sin que se desarrolle al respecto un nuevo pronunciamiento judicial"[17].

Igualmente Castañeda refiere un ejemplo respecto a la inobservancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, señalando que "la omisión de la forma, si ella es sustancial para la validez del acto jurídico, esta excepción tiene el carácter de común y puede, por tanto, ser invocado por los deudores solidarios"[18]. Claramente en esta hipótesis, Castañeda hace referencia a la aplicación de excepciones sustanciales, no obstante, también puede aplicarse el ejemplo al escenario que ya se haya emitido una sentencia que declare nulo el contrato del que se deriva la obligación solidaria, por la inobservancia de la forma *ab solemnitatem*. Es claro que tal sentencia puede ser aplicada por los codeudores solidarios no participantes en dicho proceso judicial.

(iii) Sobre la imposibilidad de los codeudores de oponer esta sentencia al acreedor cuando se fundamenta en las relaciones personales del codeudor demandado

Que conforme lo señalado en el parágrafo precedente, es claro que los codeudores pueden oponer al acreedor solidario la sentencia emitida en favor del codeudor demandado, no obstante, si esta sentencia resultó favorable a aquel sobre la base de situaciones jurídicas propias o inherentes al codeudor demandado, tal sentencia no puede ser opuesta por los demás codeudores al acreedor solidario.

Sobre los supuestos de excepciones personales, Castañeda, señala que "la palabra "excepción", como hace notar Giorgi, no está referida en la legislación bajo la acepción técnica que tiene en el Derecho Procesal, sino que se refiere a cualesquiera defensas que haga valer el codeudor (...) Nadie puede alegar excepciones que no le son directa e inmediatamente personales"[19]. Igualmente desarrolla un elenco de tales supuestos. En tal sentido, señala expresamente que "son excepciones personales:

a) Las modalidades como el plazo no vencido o la condición no cumplida, que afecten solo a alguno o algunos de los varios codeudores solidarios;

b) La condonación de la deuda que se hubiere hecho a uno de los coobligados reservándose el derecho de cobrar a los otros (art. 1299 cód. civ.);

c) Cualquiera causa de extinción formulada con reserva de accionar contra los demás codeudores solidarios;

d) Las causas de anulabilidad como son la violencia, el error, el dolo, la intimidación, la simulación, el fraude y la incapacidad relativa (art. 1125 cód. civ.), que solo afecten a uno de los codeudores solidarios"[20].

En tal sentido, tenemos que un caso que podría ejemplificar la no posibilidad de un codeudor de oponer una sentencia favorable a otro codeudor, por estar basada dicha sentencia en una excepción personal es aquel caso en el que "si uno de los codeudores aduce que el

(17) Ídem.
(18) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Ob. cit., p. 275.
(19) Ibídem, pp. 277-278.
(20) Ibídem, p. 275.

acto jurídico es nulo respecto de él, porque lo celebró siendo un incapaz absoluto, la nulidad no alcanzaría necesariamente a los demás, salvo que dada la naturaleza del acto no resultasen aplicables los principios de nulidad parcial establecidos por el artículo 223 del Código Civil"[21]. Veamos ahora la aplicación del artículo 1193 en el caso de la solidaridad activa.

3.2. Aplicación del artículo 1193 en el caso de la solidaridad activa

Como ya se ha señalado en los comentarios precedentes, la solidaridad activa se produce en un caso en el cual estamos en una relación obligatoria en la que la parte acreedora está compuesta por una pluralidad de sujetos, mientras la parte deudora se encuentra compuesta por un sujeto. Así tenemos el siguiente gráfico:

Parte acreedora	Parte deudora
O	
O	O
O	

Teniendo este panorama, respecto de la solidaridad activa tenemos que el artículo 1193 tiene tres aspectos: el primero, la vinculación de la sentencia con los demás coacreedores solidarios, el segundo, la posibilidad de los coacreedores solidarios de emplear esta sentencia contra el deudor, y el tercero, la imposibilidad de los coacreedores solidarios de emplear esta sentencia cuando el deudor oponga excepciones personales. Procedamos a analizar ambos aspectos:

(i) De la vinculación de la sentencia con los otros coacreedores solidarios

Conforme vimos para el caso de la solidaridad pasiva, cuando el único acreedor obtiene una sentencia favorable en contra de uno de los codeudores solidarios, en aplicación del artículo 1193 del Código Civil, esta sentencia no surte efecto contra los demás codeudores solidarios. De este modo hemos señalado que si se declara fundada la demanda del acreedor esta no perjudica a los demás deudores, en la medida en que para que estos últimos respondan deben ser demandados personalmente en otro proceso y emitida una sentencia judicial en su contra.

Si aplicamos el mismo razonamiento al caso de la solidaridad activa, tendríamos que cuando se declara en un proceso judicial de obligación de dar suma de dinero, infundada la demanda del acreedor solidario frente al deudor, dicha sentencia no afecta a los demás coacreedores solidarios, en el sentido que para que el deudor pueda considerar válidamente que no le debe a los demás coacreedores solidarios debe obtener en otro u otros procesos judiciales, en los cuales actúen los demás coacreedores solidarios, una o más sentencias que declaren infundadas las respectivas demandas de aquellos.

(ii) Sobre la posibilidad de los coacreedores de oponer esta sentencia al deudor

El escenario en el que la sentencia pronunciada entre el deudor y uno de los coacreedores solidarios, pueda ser aprovechado por los demás coacreedores contra el referido deudor, se entiende en el caso en el que la sentencia haya sido desfavorable para el deudor y favorable para el coacreedor demandante. Así, por ejemplo, imaginemos una sentencia que determine que el deudor demandado no ha cumplido todavía con el pago de la deuda solidaria, declarándose fundada la demanda interpuesta en su contra. Es claro, que esta sentencia que declara fundada la demanda del coacreedor puede ser empleada por los demás coacreedores

(21) OSTERLING PARODI, Felipe, y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 353.

solidarios para efectos de lograr el cobro de su crédito solidario, puesto que, de acuerdo a lo declarado, en la sentencia emitida en el proceso previo la deuda todavía no ha sido pagada y debe cumplirse con el pago, conforme a la condena impuesta por la misma sentencia.

(iii) Sobre la imposibilidad de los coacreedores de emplear esta sentencia contra el deudor cuando este opone excepciones personales

Que conforme lo señalado en el parágrafo precedente, es claro que los coacreedores pueden emplear contra el deudor la sentencia emitida en favor del coacreedor demandante, no obstante, en el desarrollo de los otros procesos, es posible que el deudor pueda oponer a los coacreedores solidarios, excepciones personales, que solo correspondan o se deriven de las relaciones entabladas entre el nuevo coacreedor demandante y el deudor. Así, por ejemplo, imaginemos que uno de los coacreedores demanda al deudor para efectos que efectúe el pago de la deuda, basado en la sentencia favorable al primer coacreedor demandante. Tal sentencia podría ser empleada, no obstante, el deudor, podría excepcionar sustancialmente que se ha configurado la figura de la compensación entre el coacreedor solidario que pretende emplear la primera sentencia y el propio deudor, puesto que estos habrían tenido relaciones obligatorias previas, en base a las cuales el deudor, también es acreedor del coacreedor solidario que pretende emplear la sentencia. Con lo cual, si opera la compensación y se extinguen recíprocamente las deudas, el coacreedor ya no podrá usar la sentencia previa que fue favorable al otro coacreedor solidario, pues su crédito ya se habrá extinguido al producirse tal compensación.

DOCTRINA

BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Volume IV La obligazione, Dott A. Giuffre, Milano, 1990; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Teoría General de las Obligaciones, Talleres Gráficos Villanueva, Lima, 1957; OSTERLING PARODI, Felipe, Las Obligaciones. Octava edición, Grijley, Lima, 2007; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra, Lima, 2008; PERLINGIERI, Pietro, Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Libro Quarto, UTET, Torino, 1980.

Efectos de la mora en las obligaciones solidarias

Artículo 1194.- *La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.*

La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros.

Concordancias:
C.C. arts. 1333, 1338, 1339, 1340

MANUEL MURO ROJO

A través del artículo 1194 del Código Civil vigente se subsana la omisión en que incurrió el Código Civil de 1936 con respecto a la solidaridad activa. En efecto, el artículo 1221 de este último establecía que la demanda de intereses interpuesta contra uno de los deudores solidarios hacía dichos intereses obligatorios respecto de todos los demás deudores. No obstante, dicho dispositivo no regulaba la solidaridad activa, supuesto que ha sido expresamente contemplado por la norma bajo análisis.

El principio que recoge este artículo puede ser enunciado como que uno de los codeudores, por acto propio, no puede agravar la condición de los demás codeudores. Lo propio ocurre respecto de los coacreedores. Es por ello que la intimación a uno de los codeudores o coacreedores no surte efecto frente a los demás.

Sobre el particular, Busso (p. 149) refiere que en el Derecho Romano la totalidad de los deudores estaban obligados a responder por la culpa de uno de ellos, a fin de otorgar al acreedor garantía sobre la conducta de todos. Sin embargo, la mora de uno de los deudores no afectaba a los otros, puesto que una vez que el acreedor había requerido el pago a uno de los deudores, los demás podían considerarse exentos de responsabilidad. Este es el principio de no transmisibilidad del estado de mora que ha servido de base a nuestro legislador para la redacción de la norma bajo comentario.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos advertir que la tesis contraria, esto es, que el estado de mora de uno de los codeudores pueda ser transmitido a los demás, podría encontrar justificación en consideraciones de utilidad práctica. En efecto, si las consecuencias del estado de mora (y los beneficios que ello implica para el acreedor) solamente se produjesen contra el deudor requerido para el pago, el acreedor se encontraría obligado a demandar a los demás codeudores. Bajo el sistema de transmisibilidad del estado de mora, en cambio, se reducirían notablemente los costos de transacción que importa la interpelación. De este modo se incrementa la eficiencia de la norma favoreciendo al acreedor y al deudor que tendría que asumir los costos que eventualmente le traslade el acreedor obligado a interpelar más de una vez.

No obstante, nuestro Código ha optado por una solución distinta, sancionando en la norma bajo análisis el principio de que el estado de mora no es transmisible. Bajo esta premisa, la regla que adopta nuestro Código Civil es que la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás; por el contrario, cuando uno de los acreedores solidarios constituye en mora al deudor, o cuando alguno de los deudores solidarios constituye en mora al acreedor, dicha situación de mora favorece a los demás.

El primer párrafo del artículo 1194 contempla el supuesto de solidaridad pasiva o activa en que alguno de los codeudores o coacreedores es constituido en mora por el deudor o acreedor común o por alguno de los codeudores o coacreedores comunes, según fuera el caso. En

este escenario, el estado de mora no se transmite. El fundamento de este principio radica en el carácter eminentemente personal del estado de mora, lo cual implica que los efectos de dicha situación no se propagan, ni aun cuando existiera un vínculo de solidaridad.

Esta regla es confirmada por la doctrina nacional, pues "la mora solo debe afectar al deudor o acreedor que se encuentre en dicha situación. El lector podrá cuestionar nuestra afirmación al pensar que al ser solidarios, si uno se encuentra en mora, todos deben estar en la misma condición. Pero esto no es necesariamente así, ya que podría darse el caso de que, si bien todos ellos sean deudores o acreedores solidarios, hayan asumido la obligación con modalidades diferentes, entre las cuales, incluso, podrían encontrarse el plazo suspensivo o la condición del mismo carácter, situación que conduce a que el retraso culposo o doloso de uno de los codeudores o coacreedores no tenga por qué afectar a los demás" (OSTERLING y CASTILLO, p. 339). Este constituye un argumento adicional para sustentar la intransmisibilidad del estado de mora.

Por su parte, el segundo párrafo de la norma regula el supuesto en que el deudor o acreedor común es constituido en mora por alguno de los coacreedores o codeudores solidarios. En este caso, los efectos generados a favor del codeudor o coacreedor que hubiera interpelado se transmiten a los demás codeudores o coacreedores, según fuera el caso.

En opinión de Osterling y Castillo (p. 338), en este punto el Código Civil se ha apartado del aspecto estrictamente personal del estado de mora. Esta regla obedece a un principio distinto, en cuya virtud es efecto de la solidaridad el favorecer a los demás codeudores o coacreedores. En consecuencia, el coacreedor o codeudor que interpele beneficia a los demás codeudores o coacreedores.

No obstante, adviértase que ello no importa agravar la situación del deudor o del acreedor común, habida cuenta de que las consecuencias de su constitución en mora no varían, en tanto que ya sea que el deudor o el acreedor hubiere sido interpelado por uno o por la totalidad de los codeudores o coacreedores solidarios, según fuera el caso, los efectos no varían.

En suma, el estado de mora se transmite a los demás codeudores o coacreedores solo cuando se hubiere interpelado a un deudor o acreedor común. Por el contrario, en el supuesto de que alguno de los codeudores o coacreedores hubiere sido constituido en mora, dicho estado no se trasmite a los demás.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones. Tomo I. Buenos Aires, Perrot, 1975; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I. Cuarta edición. Madrid, Editorial Tecnos, 1993; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones. Volumen I. Buenos Aires, 1947; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil Peruano. Obligaciones: modalidades y efectos. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Ediar S. A., 1956; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1983; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomo III. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general. Tomo I. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952.

Efectos del incumplimiento culpable de uno o varios codeudores

Artículo 1195.- *El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.*

El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento.

Concordancias:
C.C. art. 1321

MANUEL MURO ROJO

La norma bajo comentario establece como principio que cuando el cumplimiento de la obligación deviene imposible por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsiste la solidaridad frente a la obligación de pagar el valor de la obligación principal. Sin embargo, por los daños y perjuicios solo responden el o los culpables.

Comentando este artículo, los profesores Osterling y Castillo (p. 187) refieren que "la solidaridad, y en el caso bajo tratamiento, la solidaridad pasiva, implica una forma de contraer la obligación agravando la situación de los codeudores de la misma, de modo tal que esta característica, más allá de si su ejecución resulta posible o no, se trasladará a la indemnización por los daños y perjuicios que eventualmente se causen al acreedor o acreedores comunes, con la restricción de que los no culpables, solo indemnizan solidariamente hasta por el íntegro del valor de la prestación incumplida, mientras que los culpables responden también solidariamente, por el total de la indemnización debida; resultando, empero, que en las relaciones internas entre los codeudores solo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización".

En virtud de esta norma la totalidad de los deudores, incluso aquellos que hubiesen estado dispuestos a ejecutar la obligación, se convertirán en deudores solidarios del valor total de la prestación indemnizatoria frente al acreedor común.

En este punto debemos advertir que una lectura preliminar nos podría llevar a pensar que existe una contradicción entre el primer y segundo párrafo del artículo bajo análisis. En efecto, el primer párrafo concluye señalando que la solidaridad de los codeudores se mantiene respecto de la obligación principal. Sin embargo ¿no es que la ejecución de la obligación principal ha devenido imposible y por ello se ha traducido en la de indemnizar los daños derivados de dicha inejecución? El segundo párrafo, en cambio, establece la solidaridad de los codeudores culpables de la inejecución respecto, ya no de la obligación principal, sino del monto de la indemnización.

Con la finalidad de salvar esta aparente contradicción, no debe escapar a nuestra comprensión que el *quid* del supuesto regulado por el artículo 1195 no se encuentra en determinar la forma en que se han obligado los codeudores para la ejecución de la prestación principal, sino en la forma (solidaria o mancomunada) en que se deberá cumplir con la indemnización de los daños derivados de la inejecución o de la ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación.

En este orden de ideas, debe quedar sentado que "el sentido correcto del precepto es que el incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o varios deudores, determina que cada uno de los no culpables solo esté obligado a pagar, por concepto de daños y perjuicios, hasta el monto del valor del íntegro de la prestación incumplida, mientras que el

culpable o culpables, responden, por dicho concepto, no solo por el íntegro de tal valor, sino por cualquier excedente indemnizatorio a que tenga derecho el acreedor" (OSTERLING y CASTILLO, p. 181).

En suma, el principio que contiene esta norma radica en mantener la solidaridad de los codeudores frente a la responsabilidad de indemnizar los daños derivados de la inejecución; sin embargo, dicha responsabilidad se agrava cuando exista culpa, pues en tal supuesto la responsabilidad se extiende hasta los daños que superen el monto de la prestación debida.

Sin perjuicio de lo expuesto, con el propósito de ampliar el panorama de la norma bajo comentario, debemos tener presente lo dispuesto por el artículo 1180 del Código, referido al incumplimiento de obligaciones indivisibles. Este dispositivo establece que "la obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes solo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda".

De acuerdo con esta norma, en caso de inejecución de una obligación indivisible, se precipita la obligación del pago de la indemnización correspondiente. Al igual que con el artículo 1195, debe quedar sentado que el meollo del análisis del artículo 1180, se encuentra en determinar la naturaleza de la prestación indemnizatoria que deberá abonarse por concepto de los daños derivados de la inejecución. Según este dispositivo, la indemnización podrá ser exigida en su integridad a cualquiera de los codeudores, con excepción de aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, a quienes solo podrá requerírseles el valor de la indemnización que proporcionalmente les corresponda.

Como se puede advertir, el tratamiento de la indemnización derivada del incumplimiento de una obligación indivisible difiere del principio establecido en la norma bajo análisis. En efecto, según hemos señalado, el artículo 1195 establece que la solidaridad de los codeudores se mantiene frente a la indemnización, añadiéndose que en caso de culpa, dicha obligación indemnizatoria se extiende inclusive a aquellos daños que superen el monto de la prestación. En el caso de las obligaciones indivisibles, la obligación de indemnizar continúa siendo solidaria para los codeudores, con la diferencia de que el codeudor o los codeudores no culpables responderán por los daños solo hasta la porción de valor que les correspondía en la prestación principal.

En efecto, debe tenerse en cuenta que siendo la indemnización una obligación básicamente dineraria, su naturaleza será eminentemente divisible y mantendrá tal carácter respecto a los codeudores no responsables de la inejecución, quienes solo responderán por los daños por el monto proporcional que les corresponda en la prestación inejecutada. En el caso de los codeudores culpables, estos responderán por el íntegro de la indemnización, siendo obvio que en las relaciones internas entre los codeudores, solo los deudores culpables asumirán la indemnización debida, generándose un derecho de repetición de los deudores no culpables que hubiesen indemnizado los daños.

La posibilidad de que el deudor no culpable pueda repetir en contra del responsable de la inejecución no se limita al supuesto regulado por el artículo 1180, sino que también resulta aplicable para el caso de la norma bajo análisis; pues finalmente, la intención de los artículos citados es otorgar al acreedor mecanismos para cobrar con mayor facilidad los daños irrogados como consecuencia de la inejecución. No obstante, ello no implica que el codeudor o los

codeudores no culpables deban indemnizar los daños derivados de un incumplimiento que no les resulta imputable.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones. Tomo I. Buenos Aires, Perrot, 1975; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I. Cuarta edición. Madrid, Editorial Tecnos, 1993; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones. Volumen I. Buenos Aires, 1947; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones: modalidades y efectos. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Ediar S. A., 1956; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1983; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomo III. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general. Tomo I. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Se puede solicitar la prestación incumplida a cualquiera de los codeudores

{D}ebe tenerse en cuenta el criterio de esta Sala Suprema en el pronunciamiento emitido en la Casación 2084-2006-Callao, de fecha 13 de diciembre del año 2006, donde hace un análisis sistemático de los artículos 600 y 603 del Código de Comercio, concordando estas normas con lo previsto en el artículo 1195 del Código Civil, que señala que: "El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida, El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento", estableciendo que la responsabilidad entre el consolidador, embarcador de la carga, el propietario y armadores es una responsabilidad solidaria; por lo que la aplicación de los dispositivos legales señalados en el considerando precedente por parte de la Sala Superior es debida y pertinente a la relación fáctica establecida por las instancias de mérito (Cas. N° 3658-2008-Callao).

Efectos de la interrupción de la prescripción

Artículo 1196.- ***Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrrumpe la prescripción contra el deudor común, surgen efecto respecto de los demás deudores o acreedores.***

Concordancias:
C.C. art. 1996 y ss.

Ricardo Geldres Campos

La norma materia del presente comentario prevé lo que se denomina el efecto interruptivo de la prescripción en las obligaciones solidarias. Al respecto, se debe recordar que la interrupción de la prescripción no es otra cosa que un mecanismo a través del cual se activa aquella relación jurídica (generalmente de carácter obligacional) que permanecía inactuada durante un periodo de tiempo, debido a la inercia de los titulares que la conformaban, es decir, acreedor y deudor: el acreedor no pretendía el cumplimiento de su obligación, y el deudor no realizaba algún acto para satisfacer el interés del acreedor. En tal sentido, frente a la inactuación de la relación obligatoria, la interrupción se presenta como un mecanismo que la activa, impidiendo su extinción por prescripción. Como consecuencia de la interrupción el periodo de prescripción transcurrido precedentemente pierde cualquier eficacia y comienza a correr un nuevo plazo de prescripción.

Los actos de interrupción pueden provenir del acreedor, como sucede por ejemplo, cuando interpone una demanda o constituye en mora a su deudor. Asimismo, los actos de interrupción pueden provenir del deudor, como cuando reconoce que tiene una deuda frente a su acreedor, o paga una parte de la deuda.

Ahora bien, en las obligaciones solidarias activas la interrupción de la prescripción por uno de los acreedores contra uno de los deudores, surte efecto respecto de los otros coacreedores. Esta regla no es otra cosa que el reflejo del principio en virtud del cual en las obligaciones solidarias, los actos de un acreedor en cuanto son favorables surten efecto respecto de los demás acreedores. En tal sentido, si el acreedor, por ejemplo, interpone demanda de obligación de dar suma de dinero contra uno de los codeudores, dicho acto interrumpirá le prescripción respecto de los otros codeudores (art. 1996, 3° CC). En ese mismo sentido, si el acreedor requiere extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación a uno de los deudores solidarios, dicho acto interrumpirá la prescripción respecto de todos los codeudores solidarios (art. 1996, 2° CC)

En las obligaciones solidarias pasivas, la interrupción de la prescripción por uno de los deudores, surte efectos respecto de los otros codeudores. Esta regla importa una derogación al principio en virtud del cual, los actos de un deudor, en cuanto sean desfavorables, no surten efecto respecto de los otros codeudores. En tal sentido, la interrupción de la prescripción sería el único caso en donde los actos desfavorables de un deudor sí surten efecto respecto de los otros codeudores. Por lo tanto, si uno de los deudores paga parcialmente la deuda, interrumpiendo la prescripción, dicho acto surtirá efectos respecto de los todos los codeudores. Asimismo, si uno de codeudores solicita al acreedor una prórroga para el pago de la deuda, dicha acto que interrumpirá la prescripción surtirá efecto sobre todos los codeudores (art. 1996, 1° CC).

Un típico caso de solidaridad pasiva es lo dispuesto en el artículo 1983 CC, que dispone que "si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al

juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales".

De lo anterior, se aprecia que en el caso en que varios sujetos hayan ocasionado un daño a una misma persona, nos encontramos frente a un caso de solidaridad pasiva, por lo que los primeros se obligan solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados frente al último: se configura así una solidaridad pasiva que tiene por objeto el resarcimiento del daño. En tal sentido, la demanda civil de la víctima dirigida a solicitar el resarcimiento contra uno de los dañantes (deudor solidario) interrumpe la prescripción respecto de los demás dañantes (codeudores solidarios). No obstante, si se trata de una demanda penal contra uno de ellos, dicho acto interrumpirá la prescripción de las acciones contra los demás dañantes, siempre que se haya constituido en parte civil[1].

Ahora bien, en el caso en que un sujeto haya ocasionado un daño a varias personas, estos últimos no son acreedores solidarios frente al primero. En efecto, el crédito de las víctimas no se encuentra conectado por un vínculo de solidaridad activa, toda vez que en materia de responsabilidad extracontractual dicho vínculo solo se presenta respecto de los sujetos obligados al resarcimiento, configurándose así, un vínculo de solidaridad pasiva. En tal sentido, quien ha sufrido un daño es titular de un autónomo y distinto derecho al resarcimiento[2].

En tal sentido, cualquier acto de interrupción o suspensión de la prescripción efectuado por una de las víctimas no inciden sobre las demás acciones resarcitorias de las demás víctimas.

DOCTRINA

GRONDONA, Mauro. "Prescrizione". En: AA.VV., Commentario del Codice Civile, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)". En: Commentario al Codice Civile, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968; BIANCA, Massimo, Diritto Civile 4, L'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990; TROISI, Bruno, La prescrizione come procedimento, Edizioni Scientifiche Italiane. Scuola di perfezionamento in diritto civile dell' Università di Camerino, 1980.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La prescripción se interrumpe por el reclamo del acreedor a cualquiera de sus codeudores solidarios

{L}a Sala Superior no ha tenido en cuenta lo previsto por el artículo 1196 del Código Civil, que establece los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios surten efecto respecto de los demás deudores. Siendo, ello así el Ad quem al emitir la decisión impugnada, sin tener en cuenta la norma mencionada, ha contravenido el derecho a un debido proceso del accionante al impedírsele continuar con el trámite de la presente causa y así obtener una sentencia de fondo, por lo que debe ampararse el recurso de casación ***(Cas. N° 2673-2008-Loreto).***

Se puede intimar a cualquiera de los codeudores solidarios para obtener la interrupción de la prescripción

{H}abiendo interrumpido el acreedor el plazo prescriptorio mediante intimación contenida en la carta notarial (...), la misma surte efectos para el otro demandado por mandato contenido en el artículo 1196 del Código Civil por tratarse de responsables solidarios ***(Cas. N° 17-2004-Cajamarca).***

(1) GRONDONA, Mauro. "Prescrizione". En AA.VV. *Commentario del Codice Civile*. Dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013, p. 435.

(2) Ibídem, pp. 435 y ss.

Efectos de la suspensión de la prescripción en las obligaciones solidarias

Artículo 1197.- ***La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.***

Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando estos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación.

Concordancias:
C.C. art. 1994

Ricardo Geldres Campos

La norma materia del presente comentario prevé lo que se denomina el efecto suspensivo de la prescripción en las obligaciones solidarias. Al respecto, se debe recordar que la suspensión de la prescripción es aquella situación que justifica la inactuación de la relación jurídica, debido a determinadas circunstancias que rodean a las partes, de modo que si el acreedor o deudor no actúan sus posiciones jurídicas, debido a la suspensión, dicho tiempo no será tomado en cuenta para el cómputo del plazo prescriptorio. En otras palabras, la suspensión de la prescripción importa que no se tome en cuenta el tiempo no corrido o suspendido, pero sí el tiempo anterior, porque aún no se verificaba la causal que dio lugar a la suspensión; y el tiempo posterior, porque que la causal que dio lugar a la suspensión había terminado.

A ese efecto, se debe recordar que las causales de suspensión previstas en el artículo 1994 CC son estrictamente personales, de modo que únicamente atañen a los sujetos implicados en la relación jurídica en específica. En tal sentido, si un coacreedor o codeudor está inmerso en una de las causales de suspensión prevista en el artículo 1994 CC, ello no repercutirá sobre los otros coacreedores o codeudores, respectivamente. Siendo así, en la solidaridad pasiva, un acreedor no podría invocar a su favor, la suspensión de la prescripción verificada en uno de los codeudores, para que esta recaiga sobre todos los codeudores. De igual manera, en la solidaridad activa, un coacreedor solidario no podría invocar a su favor la suspensión de la prescripción verificada a favor de los otros coacreedores. En otras palabras, como indica la norma, "la suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás"

De lo anterior, se advierte que a diferencia de la interrupción de la prescripción, en la suspensión, los efectos favorables o desfavorables derivados de la misma, no se extienden a todos los coacreedores o codeudores, sino se limita a los sujetos de la relación jurídica en específica. Esto porque, como ya se dijo, la suspensión a diferencia de la interrupción, deriva siempre de una causa estrictamente personal respecto del sujeto para el cual se verifica[1].

Por lo anterior, en el caso de una pluralidad de acreedores, en donde se ha verificado la prescripción, pero se advierte que uno de los acreedores está afectado con la suspensión, si bien para los demás acreedores la deuda habría prescrito, para este último no, por lo que aún se encuentra en la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación a su deudor. Es el caso por ejemplo, en donde habiendo varios acreedores, uno de ellos deviene en incapaz y no

(1) RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)". En: *Commentario al Codice Civile.* Al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968, p. 313.

se le designa un curador, por lo que si bien para los demás acreedores la deuda habría prescrito, para este particular no (art. 1994, 1° CC). En ese mismo sentido, si "A" y "B" son acreedores solidarios de "C" sobre una deuda que ya prescribió; no obstante, se advierte que antes de que la deuda prescriba, "A" y "C" contrajeron matrimonio, se habría verificado la suspensión de la prescripción, por lo que si bien para "B" ya habría prescrito la deuda, para "C" no podríamos decir lo mismo (art. 1994, 2° CC).

Ahora bien, la última parte del artículo materia de comentario señala que "el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando estos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación". En otras palabras, en la solidaridad activa, el acreedor que cobró la deuda, deberá reembolsar a los demás coacreedores la parte que les corresponde del crédito. En ese mismo sentido, el deudor que paga la deuda, podrá repetir contra los demás codeudores por la cuota que les corresponda en la obligación[2].

Al respecto, Rubino[3] ha criticado dicha solución al considerar que la posibilidad de regreso que tiene el deudor solidario que pagó la deuda contra los demás codeudores solidarios liberados por la prescripción conduce a un resultado final que en materia de reembolso, importa que estos últimos deberán pagar su cuota interna que les corresponde en la obligación, como si para ellos la prescripción no se hubiese realizado.

No obstante, Bianca[4] se encuentra conforme con dicha solución al considerar que dicha regla, que importa una derogación a los principios que regulan las causales de extinción de la obligación solidarias, satisface la particular exigencia de que las causales de suspensión salvaguardan adecuadamente el crédito para el cual se había verificado la suspensión de la prescripción, evitando que el acreedor sea sancionado por no haber actuado oportunamente su derecho contra los demás codeudores. Las razones por las cuales opera la suspensión, por ejemplo, respecto del cónyuge pueden hacer difícil al acreedor el ejercicio del derecho también frente a los codeudores solidarios, en cuanto hacer valer el crédito contra estos significa hacerlo valer indirectamente a cargo del cónyuge, constreñido por el vínculo de solidaridad a reembolsar al codeudor cumplidor. La solución normativa por tanto resulta apropiada para tutelar al acreedor contra el perjuicio ínsito en su particular situación o condición de inferioridad.

DOCTRINA

GRONDONA, Mauro. "Prescrizione". En: AA.VV. Commentario del Codice Civile, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)", en Commentario al Codice Civile, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1968. BIANCA, Massimo. Diritto Civile 4, L'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1990; GIORGIANNI, Michele, voz "Obbligazione solidale e parziaria". En: Novissimo Digesto Italiano, vol. XI, Utet, Turín, 1965; TROISI, Bruno. La prescrizione come procedimento, Edizioni Scientifiche Italiane. Scuola di perfezionamento in diritto civile dell' Università di Camerino, 1980.

(2) "En el caso en el que el deudor haya pagado la totalidad de la obligación, aun en el supuesto en que para él haya operado una causa de suspensión, mientras que respecto de los demás la prescripción sí ha operado tiene acción de regreso frente a los otros deudores, no obstante estos hayan sido liberados como consecuencia de la prescripción": GIORGIANNI, Michele, voz "Obbligazione solidale e parziaria". En: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Utet, Turín, 1965, p. 682

(3) RUBINO, Doménico, "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)". En: *Commentario al Codice Civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968, p. 314.

(4) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 4. L'obbligazione*. Milano, Giuffrè, 1990, p. 734.

Efectos de la renuncia a la prescripción

Artículo 1198.- *La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.*

La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás.

Concordancias:
C.C. art. 1991

Ricardo Geldres Campos

En primer lugar se debe señalar que la prescripción importa un proceso complejo que se encuentra constituido por varias etapas: i) fase preliminar que se desarrolla durante el plazo previsto en la ley para la prescripción de un determinado derecho. Durante esta fase se origina un derecho potestativo a favor de la parte deudora, que si bien puede ser ejercido por aquel, también puede abdicar a ella ii) fase constitutiva que se desarrolla en el momento en que el deudor invoca la prescripción a su favor, ya sea en vía de acción o excepción, iii) fase integrativa que importa un pronunciamiento por parte del juez relativo a la extinción de la obligación por prescripción. Solo en cuanto se haya verificado las tres etapas es que podemos decir que la prescripción se ha consumado, en consecuencia, ha extinguido un derecho.

Ahora bien, cuando hablamos de "renuncia" a la prescripción nos referimos a aquella situación en donde el deudor, en vez de ejercitar su derecho potestativo a la prescripción, abdica a ella. Así pues, a través de dicho acto, el deudor se queda en la fase preliminar, impidiendo que la prescripción pueda consumarse. La renuncia a la prescripción se puede realizar a través de actos expresos o tácitos. En el primer caso, el sujeto que puede beneficiarse de la prescripción, declara que no desea valerse de ella. En el segundo caso, a través de comportamientos inequívocos, el sujeto que puede beneficiarse de la prescripción, renuncia a ella, como cuando paga parcialmente la deuda.

En la solidaridad pasiva, conforme al artículo materia de comentario, la renuncia efectuada por uno de los codeudores solidarios no tiene efecto respecto de los otros codeudores. En tal sentido, se advierte que para dicha hipótesis se ha abandonado el criterio correspondiente a la interrupción de la prescripción, y se ha seguido la aplicación de la regla general: dicho acto de renuncia al constituir un acto desfavorable, no tiene efecto sobre los demás codeudores, sino únicamente sobre el sujeto que ha realizado la renuncia. La justificación de lo expuesto radica en que sería inoportuno que un deudor pudiese perjudicar a los otros codeudores con un acto unilateral, como la renuncia. En tal sentido, si uno de los codeudores ha renunciado a la prescripción, por ejemplo, ha pagado parcialmente la deuda, dicho acto de renuncia no debería surtir efecto frente a los demás codeudores.

Asimismo, se debe destacar que la eficacia de la renuncia en los términos expuestos, surte efectos tanto en las relaciones externas, como en las relaciones internas. Siendo así, en las relaciones externas, el acreedor solo podría pretender el cumplimiento de la obligación al codeudor renunciante, y asimismo, en las relaciones internas, este último después de haber pagado no tiene acción de regreso frente a los demás codeudores originarios, porque en sus relaciones internas, la obligación ya se habría extinguido, y si por el contrario dicho regreso fuese admitido se verificaría un empobrecimiento para los codeudores que no han renunciado. Como lo dispone el artículo materia de comentario "el deudor que hubiese renunciado

a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción". En tal sentido, si uno de los deudores ha renunciado a la prescripción, por ejemplo, ha pagado parcialmente la deuda, no podría repetir contra los demás codeudores.

En la solidaridad activa, si el pago es recibido por uno de los coacreedores por parte de un deudor (que ha renunciado a la prescripción ya ganada), aquel debe reembolsar a sus demás coacreedores la cuota del crédito que les correspondan, esto debido a que la renuncia del deudor a la prescripción es un acto que beneficia a los demás coacreedores. Así, lo prescribe el artículo materia de comentario al disponer que "la renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás". En efecto, el deudor que renuncia a la prescripción ya ganada y paga por su cuenta, a título de cumplimiento, la obligación originaria a favor de uno de los coacreedores, enriquece injustificadamente a este último a costa de los demás coacreedores. En tal sentido, para evitar dicho enriquecimiento, se le obliga al coacreedor que recibió la prestación a que reembolse a los demás acreedores la cuota del crédito que les corresponden en sus relaciones internas.

Por el contrario, el deudor puede, sin renunciar a la prescripción, hacer entrega, (por ejemplo, a título de donación) a uno de los acreedores de una prestación de igual contenido respecto de la obligación originaria. En este caso, el título que justifica el pago no debe ser el cumplimiento de la obligación originaria, sino que debe tratarse de otro, por ejemplo, de una liberalidad (donación)[1].

En la solidaridad activa, la eficacia del acto de renuncia importa, en las relaciones externas, que también los otros coacreedores puedan pretender el pago de toda la obligación frente al deudor común. Es en este punto, la norma no se podría derogar por acuerdo de las partes. En otras palabras, el deudor no podría limitar su renuncia en el sentido de que se entienda únicamente para con la cuota del coacreedor, a quien le dirige su renuncia.

DOCTRINA

GRONDONA, Mauro. "Prescrizione". En: AA.VV. Commentario del Codice Civile, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013; RUBINO, Domenico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)". En: Commentario al Codice Civile, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968; BIANCA, Massimo. Diritto Civile 4, L'obbligazione. Milano: Giuffrè.1990; TROISI, Bruno. La prescrizione come procedimento, Edizioni Scientifiche Italiane. Scuola di perfezionamento in diritto civile dell' Università di Camerino. 1980.

(1) RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)". En: *Commentario al Codice Civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968, p. 312.

Reconocimiento de deuda por un deudor solidario

Artículo 1199.- ***El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores.***

Si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros.

Concordancias:
C.C. art. 1205

Ricardo Geldres Campos

El reconocimiento de la deuda importa una declaración unilateral mediante la cual un sujeto admite estar obligado por una prestación frente a otro sujeto. Se trata de un negocio jurídico unilateral, por lo que para su validez se requiere que cuente con todos los requisitos aplicables a cualquier negocio jurídico (art. 140 CC).

Ahora bien, en el caso de las obligaciones solidarias, el reconocimiento por uno de los deudores solidarios no surte efecto respecto de los demás codeudores que no intervinieron en el acto de reconocimiento. En esencia este constituye un acto personal y por tanto no puede afectarlos. No obstante, si dicho acto de reconocimiento se practica por el deudor común frente a uno de los acreedores solidarios, dicho acto favorece a los demás coacreedores, por lo que cualquiera de estos últimos podría agregar al título anterior el nuevo y exigir el cumplimiento de la obligación sin mayores problemas[1].

Este principio vale para todo el crédito. Siendo así, el reconocimiento realizado por un deudor no perjudica a todos los codeudores, ni siquiera en la parte de la obligación que les corresponda. Asimismo, dicho acto, beneficia a todos los coacreedores, en el sentido de que se encuentran legitimados para exigir el cumplimiento íntegro de la obligación, y no solo por la parte que a cada codeudor le corresponda en la obligación[2].

Para que el acto de reconocimiento surta efectos no es suficiente con que el codeudor señale de forma genérica que debe una prestación al acreedor, sino que resulta necesario identificar la fuente de la misma. En tal sentido, si los coacreedores, a quienes no les practicaron la renuncia quieren beneficiarse de esta, deberán acreditar su participación en el título de la obligación reconocida[3].

Otro efecto del reconocimiento del débito es la interrupción de la prescripción. Por tanto, si el reconocimiento es practicado por un codeudor a favor de un coacreedor, dicho acto interrumpirá la prescripción respecto de los demás coacreedores. Por el contrario, en la solidaridad pasiva, si el reconocimiento es realizado por un codeudor, dicho acto no interrumpirá la prescripción respecto de los demás codeudores.

Ahora bien, resulta necesario pronunciarse sobre el supuesto en el que uno de los codeudores si bien no realiza un pago a favor del acreedor, confirma el título de la obligación que estaba afectado por un vicio de anulabilidad. Al respecto, se debe señalar que dicho acto no

(1) RUBINO, Doménico, "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)". En: *Commentario al Codice Civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968, p. 306.

(2) Ídem.

(3) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 4. L'obbligazione*. Milano, Giuffrè, 1990, p. 737.

surte efectos sobre todos los codeudores, sino solamente sobre el deudor que confirmó la anulabilidad, aun en el supuesto en que el vicio de anulabilidad recaiga sobre objeto de la obligación. En tal sentido, los coacreedores solo se encuentran legitimados para exigir el pago solo al codeudor que confirmó el título de la obligación (contrato), mas no a los demás codeudores. No obstante, dicha ineficacia de la confirmación no se limita a las relaciones externas, sino que se extiende a las relaciones internas: por tanto, en el caso en que el codeudor, además de confirmar la anulabilidad, pague la deuda, y posteriormente exija el reembolso de la cuota que les corresponde a los otros codeudores, estos últimos podrían excepcionar la anulabilidad a fin de evitar dicho pago[4].

DOCTRINA

RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)". En: Commentario al Codice Civile, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968; BIANCA, Massimo, Diritto Civile 4, L'obbligazione. Milano: Giuffrè. 1990; GRONDONA, Mauro, "Riconoscimento del debito". En: AA.VV., Commentario del Codice Civile, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013.

(4) RUBINO, Doménico. Ob. cit., p. 309. En ese mismo sentido: GRONDONA, Mauro. "Riconoscimento del debito". En: AA.VV., *Commentario del Codice Civile*, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013, p. 431.

Renuncia del acreedor a la solidaridad

Artículo 1200.- ***El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.***

El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad.

Concordancias:
C.C. arts. 1183, 1186

Ricardo Geldres Campos

En el ejercicio de su autonomía privada las partes pueden renunciar a la solidaridad, si esta viene impuesta por la ley. Así, las partes de la obligación podrían pactar la extinción del vínculo de solidaridad y que dicha obligación deba entenderse como mancomunada. En tal sentido, cualquier deudor es obligado solo por su cuota correspondiente en la obligación, mientras que cualquier acreedor solo tiene derecho a su cuota, correspondiente en el crédito(1).

No obstante, tratándose de una solidaridad pasiva, en donde dicha obligación se haya constituido en el interés exclusivo de uno de los codeudores, la extinción del vínculo de solidaridad da lugar a la liberación de los otros codeudores. Asimismo, tratándose de una solidaridad activa, si la obligación se ha constituido en el interés exclusivo de uno de los coacreedores, la extinción del vínculo de solidaridad extingue el derecho de los demás coacreedores.

El vínculo de solidaridad pasiva puede ser objeto de extinción con la sola declaración unilateral del acreedor, toda vez que se trata de un vínculo constituido en su exclusivo interés, de modo que la voluntad del deudor solidario resulta irrelevante. No obstante, dicha renuncia no es admisible en los supuestos en que la solidad se haya establecido por orden público(2).

El artículo materia de comentario regula el supuesto en que la solidaridad es objeto de renuncia en un momento posterior al nacimiento de la obligación. El acreedor puede renunciar a la solidaridad en favor de uno de los deudores, no obstante conserva la solidaridad respecto de los demás codeudores. Estos últimos permanecen obligados por el íntegro de la obligación, mientras que el beneficiario de la renuncia solo puede ser constreñido a pagar la parte de su cuota de la deuda.

Como se ha dicho acertadamente, la renuncia a la solidaridad en favor de uno de los codeudores no convierte su obligación en una parciaria, sino simplemente, le atribuye al beneficiario, la facultad de pagar la parte de su cuota de la deuda, de modo que los demás codeudores siguen vinculados por la solidaridad(3).

El artículo materia de comentario establece dos supuestos de renuncia a la solidaridad: i) cuando el acreedor otorga recibo a uno de los deudores, por su parte y sin reserva de solidaridad, ii) cuando el acreedor acciona judicialmente contra uno de los codeudores, por su

(1) RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)", en *Commentario al Codice Civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968, p. 315. En ese mismo sentido: BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 4. L'obbligazione.* Milano: Giuffrè, 1990, p. 748.

(2) RUBINO, Doménico. Ob. cit., p. 316

(3) Ibídem, pp. 317 y ss.

parte y sin reserva de solidaridad. La doctrina nacional[4] es acorde en señalar que se trata de una renuncia tácita a la solidaridad. No obstante, dichos supuestos constituyen en realidad supuestos de presunción de renuncia tácita a la solidaridad, admitidos por la ley, pero no de la renuncia en general. En tal sentido, fuera de estos casos, se debe admitir no solo una renuncia expresa a la solidaridad, sino también una renuncia tácita. Para este último supuesto se deberá acreditar de modo específico la voluntad del acreedor de renunciar a la solidaridad. Se debe tener en cuenta que la renuncia debe ser probada, y no se debe presumir, salvo que la ley disponga otra cosa. Por el contrario, para los supuestos de renuncia a la solidaridad previstos en la ley, no es necesario acreditar la voluntad de renuncia, puesto que dicha voluntad es presumida por la ley[5].

Ahora bien, con relación al primer supuesto de presunción de renuncia tácita a la solidaridad, esto es, cuando el acreedor otorga recibo a uno de los deudores, por su parte y sin reserva de solidaridad, se debe señalar que se requieren los siguientes requisitos:

- Que el acreedor reciba, por uno de los codeudores, la parte de la prestación correspondiente a su cuota en las relaciones internas de la obligación. Dicha renuncia solo se presume respecto del codeudor que pago su cuota.
- Que el acreedor emita un recibo, liberando al codeudor por la parte de la deuda pagada. En tal sentido, si el acreedor no emite un recibo de liberación de la deuda a favor del codeudor que pagó su cuota, no se configura la presunción de renuncia tácita a la solidaridad. Esto sucede aun en el caso en que el acreedor haya requerido, mediante carta notarial, el pago de la cuota correspondiente al codeudor en la obligación. Siendo así, y no habiéndose verificado una renuncia a la solidaridad, el acreedor podría requerir el pago al mismo codeudor por el saldo restante[6].

Asimismo, podría suceder que el codeudor por iniciativa propia realice el pago de su cuota a favor del acreedor, no obstante si el acreedor no emite un recibo liberando a dicho codeudor de su deuda, de igual manera no se configura la renuncia tácita a la solidaridad. Esto también sucede incluso cuando el acreedor no ha hecho reserva de solidaridad[7].

- Que en el recibo se haya declarado expresamente que el pago se ha recibido por cuenta de la cuota interna de lo que le corresponde al codeudor en la obligación. Si hace falta tal precisión no se configura la renuncia tácita a la solidaridad. Por lo demás, en tal caso, no puede excluirse *a priori* la renuncia tácita, no obstante es necesario dar una prueba específica, y por tanto en la duda, y salvo prueba en contrario, se debe presumir que solo se trata de un pago parcial que el acreedor se ha limitado a aceptar.
- Que en el recibo no se haya consignado alguna reserva de solidaridad. Si por el contrario, se ha hecho una reserva de solidaridad, en este caso, no solo no se ha configurado la presunción de renuncia tácita a la solidaridad, sino que también se debe excluir la posibilidad de probar una renuncia tácita, porque dicha reserva constituye una prueba evidente de que el acreedor no ha querido renunciar a la solidaridad. Para tal fin, no es necesario que el acreedor declare expresamente que se quiere

(4) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría general de las obligaciones*. Vol. I, Pacífico Editores, Lima, 2014, p. 316 y ss.
(5) RUBINO, Doménico. Ob. cit., p. 322.
(6) Ibídem, p. 324.
(7) Ídem.

reservar la solidaridad por el saldo restante frente al codeudor que pago su cuota, sino es suficiente una fórmula genérica en donde se consigne que el acreedor quiere reservarse su derecho a la solidaridad[8].

El otro supuesto de presunción de renuncia tácita a la solidaridad se presenta cuando el acreedor acciona judicialmente contra uno de los deudores por su parte y sin reserva de solidaridad.

En primer lugar, es necesario que el acreedor dirija su demanda contra uno de los codeudores a fin de que pague la cuota que le corresponda en la obligación. Si por el contrario, dicha demanda se dirige contra todos los codeudores de forma conjunta, y también si a cada uno se le requiere por su cuota correspondiente en la obligación, no hay renuncia tácita a la solidaridad. En tal sentido, debe entenderse que con dicha demanda el acreedor ha querido simplificar las relaciones internas entre los mismos codeudores. En segundo lugar, es necesario que en la demanda se especifique que la parte de la deuda requerida es por cuenta de la cuota interna del codeudor demandado[9].

En tercer lugar, es necesario que en la demanda no se consigne alguna reserva de la solidaridad. En cuarto lugar se requiere que el codeudor demanda se haya adherido a la demanda, o en su defecto que haya sido condenado al pago de la cuota que le corresponde en la obligación[10].

DOCTRINA

RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)", en Commentario al Codice Civile, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968; BIANCA, Massimo, Diritto Civile 4, L'obbligazione. Milano: Giuffrè. 1990; GRONDONA, Mauro, "Rinunzia alla solidarietà". En: AA.VV., Commentario del Codice Civile, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Teoría general de las obligaciones, Vol. I, Pacífico Editores, Lima, 2014.

(8) Ibídem, p. 325.
(9) Ibídem, pp. 325-326.
(10) Ibídem, p. 326.

Prorrateo de insolvencia de un codeudor

Artículo 1201.- ***Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de este se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquel que fue liberado de la solidaridad.***

Concordancias:
C.C. art. 1204

Ricardo Geldres Campos

La norma materia de comentario establece que en los casos de solidaridad pasiva si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los codeudores solidarios, y alguno de los otros deudores es insolvente; su parte, de la deuda se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquel que fue liberado de la solidaridad. En otras palabras, la insolvencia de uno de los deudores solidarios afecta a los demás.

Dicha regla no solo se aplica en las relaciones internas entre codeudores, sino también en las relaciones externas frente al acreedor común. En tal sentido, si un codeudor paga el íntegro de la obligación, y en vía de regreso, no llega a obtener el pago de la cuota interna que le corresponde a uno de los codeudores porque es insolvente, puede dirigirse contra los demás codeudores, a fin de solicitar el pago de la cuota originaria del insolvente. Asimismo, en las relaciones externas, si el acreedor exige el pago a un codeudor insolvente, después de acreditada la insolvencia, puede dirigirse contra los codeudores beneficiarios de la renuncia no solo por su cuota correspondiente en la obligación, sino también por la cuota originaria del insolvente, y por esta última no es necesario que en principio deba dirigirse contra los codeudores no beneficiarios de la renuncia o solventes[1].

Ahora bien, se debe advertir que no se regula el supuesto en donde el insolvente sea el beneficiario de la renuncia, no obstante, para tal caso una norma así sería superflua, toda vez que sin necesidad de una insolvencia del beneficiario de la renuncia, los otros codeudores son obligados solidariamente por el íntegro de la prestación, comprendiendo en esta la cuota del beneficiario de la renuncia.

Como se ha dicho acertadamente, la renuncia a la solidaridad en favor de uno de los codeudores no convierte su obligación en una parciaria, sino simplemente le atribuye al beneficiario de la misma la facultad de pagar la parte de su cuota que le corresponde en la obligación, dejando subsistente también para este codeudor la solidaridad, que por tanto permanece operativa para todos los efectos. Por ejemplo, una interrupción de la prescripción realizada frente a uno de los codeudores, interrumpe la prescripción también frente al codeudor beneficiario de la renuncia; una condonación del débito realizado en favor del beneficiario de la renuncia, y sin alguna reserva, libera a todos los codeudores; la imposibilidad de la prestación, imputable culposamente al beneficiario de la renuncia, no exonera a los otros codeudores del deber de pagar el valor de la prestación misma[2].

(1) RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)". En: *Commentario al Codice Civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968, p. 319.

(2) Ibídem, p. 320.

DOCTRINA

RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)", en Commentario al Codice Civile, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968; BIANCA, Massimo, Diritto Civile 4, L'obbligazione. Milano: Giuffrè. 1990; GRONDONA, Mauro, "Rinunzia alla solidarietà". En: AA.VV., Commentario del Codice Civile, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Teoría general de las obligaciones, Vol. I, Pacífico Editores, Lima, 2014.

Pérdida de la acción solidaria del acreedor

Artículo 1202.- ***El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros.***

Concordancias:
C.C. arts. 890, 1242

RICARDO GELDRES CAMPOS

El artículo materia de comentario regula el tercer supuesto de presunción de renuncia tácita a la solidaridad. A diferencia de los otros supuestos de renuncia a la solidaridad previstos en el artículo 1200 CC, esta renuncia solo abarca una parte de la deuda, esto es, parte de los frutos naturales y de los intereses. Dicha renuncia no se extiende al capital, por cuanto las modificaciones que sufren los frutos no pueden influenciar sobre la suerte del capital. Aquí resulta de aplicación el principio según el cual, las modificaciones de la cosa principal (como el capital) repercute sobre los accesorios derivados de la misma (como los frutos e intereses), mas no viceversa.

Para que se configure este tipo de renuncia a la solidaridad, se requiere que los frutos o intereses pagados se correspondan objetivamente a la parte que en las relaciones internas entre los codeudores, le corresponda al que pago. Asimismo, se requiere que el acreedor conozca de esta correspondencia y también que no haya consignado alguna reserva de solidaridad. Por el contrario, a diferencia de los otros supuestos de renuncia a la solidaridad previstos en el artículo 1200 CC, no se requiere que la liberación del codeudor conste en un recibo, ni tampoco que en ella el acreedor declare expresamente imputar el pago a la parte de los frutos a cargo de aquel codeudor(1).

Si se cumplen dichos requisitos, se produce una presunción absoluta de renuncia a la solidaridad que, en consecuencia, no admite prueba en contrario. Esta renuncia tácita es solo respecto del codeudor que paga parte de los frutos o intereses que le corresponde, mas no respecto de los otros codeudores que, en consecuencia, son obligados por el saldo restante de forma solidaria. Por el contrario, si el codeudor paga los frutos o intereses vencidos, estos últimos se extinguirán por cumplimiento, pero no la deuda relativa a los frutos e intereses futuros, que permanecerán como deudas solidarias para todos los efectos(2).

Por ejemplo, supongamos que "A" y "B" son codeudores solidarios por la suma de 10 mil dólares por concepto de intereses frente a su acreedor "X", y este último solo recibe 2 mil dólares del codeudor "A", extendiéndole un recibo por su parte y sin reserva. En este caso, "X" perderá respecto del codeudor "A" el derecho de poder exigirle los 8 mil dólares de saldo, pero no respecto de "B" a quien le podrá exigir el saldo restante.

(1) RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)", en *Commentario al Codice Civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968, p. 330.

(2) Ídem.

DOCTRINA

RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)", en Commentario al Codice Civile, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968; BIANCA, Massimo, Diritto Civile 4, L'obbligazione. Milano: Giuffrè. 1990; GRONDONA, Mauro, "Pagamento separato dei frutti o degli interessi". En: AA.VV., Commentario del Codice Civile, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Teoría general de las obligaciones, Vol. I, Pacífico editores, Lima, 2014.

Presunción de igualdad en la división de la obligación solidaria

Artículo 1203.- ***En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos. Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.***

Concordancias:
C.C. arts. 1173, 1260 inc. 1), 1263

RICARDO GELDRES CAMPOS

1. Sobre la "división" de la obligación en las relaciones internas

El artículo materia de comentario proyecta su aplicación, de alguna u otra manera, fuera del campo de la solidaridad, dado que se ocupa de la relación que surge después de que la obligación solidaria haya cumplido su propósito: el que se verifica cuando uno de los codeudores ha pagado al acreedor, o el deudor común ha pagado a uno de los coacreedores. En otras palabras, dicho artículo se aplica cuando la relación externa –que se constituye entre el acreedor y uno de los codeudores– se ha extinguido. Si bien la obligación se ha extinguido, no obstante la pluralidad de sujetos permanece vigente en las relaciones internas (entre codeudores o entre coacreedores), relaciones que aún son pendientes, pero se dirigen a ser definidos. Por ejemplo, si uno de los codeudores ha pagado o uno de los coacreedores ha recibido el pago, es justo que los otros codeudores reembolsen la cuota que les correspondan en la obligación, o que los otros coacreedores reciban la parte que les corresponda en el crédito, caso contrario, se estaría legitimando un enriquecimiento injustificado[1].

Aclarado este punto se debe advertir que la fórmula de la norma relativa a que "la obligación solidaria se divide" es equívoca puesto que dicha obligación no puede dividirse más, dado que ya se ha extinguido (el que se verifica cuando uno de los codeudores ha pagado al acreedor, o uno de los coacreedores ha recibido el pago del deudor). Como se ha dicho acertadamente, "esta división (a la que alude la norma) en las relaciones internas no tiene por objeto la obligación. En efecto, no hay débito frente al acreedor o crédito frente al deudor que se pueda distribuir en cuotas, porque en tal caso, nos encontraríamos en un supuesto de obligación parciara y no solidaria. Por el contrario, la expresión normativa indica la división de la obligación en su contenido objetivo, esto es, la prestación. Esto significa que en las relaciones internas, lo que se divide es la carga de la prestación, tratándose de una solidaridad pasiva; o el beneficio de la prestación, tratándose de una solidaridad activa, situación esta que permite justificar, entre otras cosas, las obligaciones de reembolso y restitución[2]".

En tal sentido, es más correcto entender la norma del presente comentario que cuando la obligación solidaria cumple su propósito, en consecuencia, se extingue, surge a favor de quien ha pagado el íntegro de la obligación, un derecho de regreso frente a los otros codeudores por la cuota que les corresponda en la obligación, o un deber, a cargo de quien ha recibido el pago, de reembolsar a los demás coacreedores la cuota que les corresponda en el crédito. En este último supuesto nos encontramos frente a una obligación divisible.

(1) BENEDETTI, Alberto María. "Rapporti interni tra debitori o creditori solidali". En: AA.VV., *Commentario del Codice Civile*, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013, p. 291.

(2) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 4. L'obbligazione*. Giuffrè, Milano, 1990, p. 709.

Ahora bien, la divisibilidad de la obligación se fundamente en el sustrato de intereses comunes que, por regla, conecta a todos los codeudores o coacreedores; pero si la obligación es contraída en el interés de uno de los codeudores o coacreedores, la división no opera, y la obligación pesará, por íntegro, sobre el sujeto en favor del cual se ha contraído dicha obligación. En tal sentido, si el codeudor que tenía interés exclusivo en la obligación ha realizado el pago, no surgirá en favor de este un derecho de regreso frente a los otros codeudores. Por el contrario, si el pago es realizado por un codeudor, que no tenía interés exclusivo en la obligación, pero los otros codeudores tenían un interés exclusivo en la obligación, tendrá un derecho de regreso contra estos últimos. Por otro lado, si existen otros codeudores que no tienen interés, el que pagó no tiene regreso contra estos últimos.

La valoración sobre la consistencia del interés (común o exclusivo) se debe realizar en el plano de los hechos, y no puede basarse en la estructura del título. Si, por ejemplo, el mutuo se ha constituido a favor de los cónyuges quienes, por lo tanto, son titulares conjuntos del dinero prestado (mutuatarios), no obstante se advierte que posteriormente dicho dinero fue usado por uno de los cónyuges para uso personal; en el caso en que el cónyuge que no uso el dinero restituya el dinero prestado a favor del mutuante, surge a su favor un derecho de regreso por el íntegro de la obligación, y no solo por la cuota del otro cónyuge[3].

El interés común –entendido no como presupuesto de la solidaridad, sino como parámetro sobre el cual se construye la articulación de las relaciones internas entre los codeudores– debe subsistir de modo permanente, por lo que no puede venir a menos en la fase funcional de la relación obligatoria dado que, si esto sucede, la obligación inicialmente contraída en el interés común de los codeudores se puede transformar en una obligación destinada a satisfacer el interés exclusivo de uno de los codeudores, con la consiguiente adaptación también de la acción de regreso (que será total frente a quien, en el curso de la relación, haya mutuado su interés, ya no común, sino exclusivo)[4].

2. Sobre la presunción de igualdad de las cuotas

Las cuotas correspondientes a los coacreedores o codeudores se presumen iguales, salvo que algo distinto resulte de la ley o del título de la obligación. En tal sentido, se trata de una presunción *iuris tamtum* que, por consiguiente, puede admitir prueba en contrario. Más que una norma supletoria –destinada a aplicarse solamente si las partes no han previsto algo distinto– se trata de la expresión del principio de igualdad entre los coasociados, paralelo a aquel previsto para la copropiedad, en donde también se presume que las cuotas son iguales entre los comuneros (copropietarios).

A ese efecto, Busnelli[5] ha señalado que la presunción de igualdad de cuotas de los coasociados solidarios –establecido para el caso en que resulte no se haya previsto algo distinto– no debe entenderse como un criterio supletorio, privado de cualquier significado que no sea otro que el de colmar una eventual laguna de las fuentes de las obligaciones en orden a la medida a las singulares cuotas. Sobre todo esta constituye un viejo principio general en materia de comunión (copropiedad) y, en su esfera, representa una señal indudable del intento del legislador de favorecer, en vía dispositiva – una participación igualitaria de los coasociados de la obligación subjetivamente compleja, desde el momento de su constitución.

(3) BENEDETTI, Alberto María. Ob. cit., p. 293 y ss.
(4) Ibídem, p. 294.
(5) BUSNELLI, Francesco Donato. *L'obbligazione soggettivamente complessa*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 368.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que el último párrafo de la norma, materia de comentario, cumple una función trascendental en el sentido que permite simplificar las relaciones internas entre los coasociados solidarios, utilizando, para tal propósito, la distribución igualitaria como un parámetro de referencia que opera en ausencia de que la ley o el contrato hayan previsto algo distinto: la regla también encuentra puntual aplicación en la solidaridad extracontractual previsto en el artículo 1983 CC el que dispone que a los fines del regreso entre los codeudores obligados al resarcimiento del daño, cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

Si la presunción de igualdad de cuotas entre los coasociados solidarios admite prueba en contrario, resulta necesario apreciar elementos probatorios que van en este último sentido, incluyendo aquí también las presunciones relativas (siempre que sean serios, precisos y conformes): Por ejemplo, en Italia, comenta Benedetti, en el caso de una cuenta corriente bancaria mancomunada o conjunta, la jurisprudencia generalmente aplica la presunción de igualdad de las cuotas, hasta llegar a afirmaciones que parezcan hacer imposible o extremadamente ardua la prueba contraria. En tal sentido, también en el caso del contrato de cuenta corriente que es a firma indistinta, el saldo activo no puede ser considerado como un contrato de crédito en el interés exclusivo de uno de los contratantes, porque ello iría en contra de la función del contrato de cuenta corriente bancario, el cual se dirige a la prestación del servicio de casa de todos los cotitulares, los cuales se encuentran legitimados para disponer libremente del saldo activo[6].

3. Acerca de la parciaridad de las obligaciones de reembolso

Ahora bien, el hecho de que nuestro legislador haya previsto que en las relaciones internas las cuotas se presumen iguales entre codeudores, así como entre coacreedores tiene especial relevancia puesto que si uno de los codeudores paga, o uno de los coacreedores recibe el pago; en el primer caso dicho codeudor podrá repetir contra los otros codeudores solo por la cuota que les correspondan a estos últimos en la obligación (que es principio se presumen iguales); en el segundo caso, dicho coacreedor deberá reembolsar lo que recibió a los otros coacreedores, la cuota que les corresponde a estos últimos en el crédito (que se presumen iguales).

De lo anterior, se advierte que las obligaciones de reembolso que surgen entre el codeudor que pagó y los otros codeudores; así como entre el coacreedor que recibió el pago y los demás coacreedores, son parciarias, y no solidarias, de modo que cada codeudor solo debe reembolsar su cuota que le corresponde en la deuda, y cada coacreedor solo tiene derecho a que le reembolsen su cuota que le corresponde en el crédito. En otras palabras, aquí se excluye la regla de la solidaridad, toda vez que por ejemplo, tratándose de una solidaridad pasiva, dichos codeudores no son obligados solidariamente a reembolsar frente al codeudor que pagó, toda la suma pagada, sino simplemente por la cuota que les corresponden en la deuda. Esta regla, se ha dicho acertadamente, es conforme con el principio de igualdad entre los coasociados (codeudores o coacreedores)[7].

No obstante, podemos encontrar algunas excepciones a la regla de la parciaridad de las obligaciones de reembolso. Por ejemplo, si uno de los codeudores es garante del deudor principal, entre ellos se configura un vínculo de solidaridad, de modo que si el garante paga puede solicitar contra el codeudor principal, en vía de regreso, el reembolso íntegro de lo pagado. A ese efecto, resulta de aplicación analógica el artículo 1889 CC que dispone que "el fiador

(6) BENEDETTI, Alberto María. Ob. cit., p. 295.

(7) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 4. L'Obbligazione*. Giuffrè, Milano, 1990, p. 720.

que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor". En tal sentido, el codeudor garante que paga la deuda (por ejemplo un fiador) tiene derecho de regreso frente al codeudor principal para solicitarle el íntegro del reembolso[8].

Ahora bien, puede suceder que un tercero extraño a la obligación solidaria realice el pago, en tal caso, le correspondería un derecho a reclamar el reembolso frente a todos los codeudores solidarios. Siendo así, los codeudores solidarios son obligados a reembolsar en proporción a sus cuotas frente al tercero subrogado. Dicha afirmación se fundamenta en el principio de que el pago por un tercero no puede conferirle a este una posición mucho más beneficiosa de aquella que tendría el codeudor en caso hubiese realizado el pago. .

No obstante, Rubino[9] es de la idea de que los codeudores son obligados solidariamente frente al tercero que paga la deuda, toda vez que el reembolso por cuotas solo se refiere al caso en el cual el regreso es ejercitado por el codeudor solidario.

DOCTRINA

BIANCA, Massimo. Diritto Civile 4. L'obbligazione. Milano: Giuffrè. 1990; BENEDETTI, Alberto María. "Rapporti interni tra debitori o creditori solidali". En: AA.VV., Commentario del Codice Civile, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, UTET Giuridica, Turín, 2013; BUSNELLI, Francesco Donato, L'obbligazione soggettivamente complessa, Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, 1974; BUSNELLI, Francesco Donato, voz "Obbligazione, IV) Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali", en Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XXI, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990; BUSNELLI, Francesco Donato, voz "Obbligazioni soggettivamente complesse, en Enciclopedia del Diritto, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)", en Commentario al Codice Civile, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Solo en las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los codeudores

La deuda asumida por el demandante y los demandados al suscribir el título valor que fue objeto del proceso ejecutivo acompañado era, en efecto, solidaria, por tanto, su pago debía ser asumido íntegramente por cualquiera de los demandados o por todos ellos de forma indivisible. Sin embargo, dentro de las relaciones internas que vinculan a los codeudores solidarios, es aplicable la presunción legal que establece el artículo 1203 del código sustantivo, en virtud del cual la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores, salvo que hubiese sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos ***(Cas. N° 1006-2003-Ucayali).***

El pago asumido por uno de los deudores solidarios no convierte a los codeudores en obligados solidarios del subrogado

{A}l haber dispuesto la Sala Superior que los demandados cumplan con repetir a favor del Banco demandante el monto abonado a favor de {la notaria} se ha aplicado adecuadamente lo prescrito por el artículo 1203 del Código Civil, en tanto que el pago asumido por uno de los deudores solidarios no convierte a los codeudores en obligados solidarios del subrogado, pues el derecho que le asiste al demandante para emplazar contra los demandados se sustenta en la subrogación legal; la cual no establece de forma expresa que el pago de la obligación asumida por uno de los deudores solidarios convierte a los codeudores en obligados solidarios del subrogado, en tanto que el artículo 1183 del Código Civil establece que la solidaridad no se presume, solo la ley o el título de la obligación lo establecen de forma expresa ***(Cas. N° 3155-2009-Ucayali).***

(8) Ídem.

(9) RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)". En: *Commentario al Codice Civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968, p. 176.

Insolvencia de codeudor

Artículo 1204.- *Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.*

Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.

Concordancias:
C.C. arts. 1201, 1260 inc. 1), 1263

Ricardo Geldres Campos

Como ya se dijo anteriormente, las obligaciones de reembolso no son solidarias. El deudor que ha pagado tiene derecho de regreso frente a los otros codeudores solamente por la parte de la deuda que les corresponden a estos últimos en la obligación. En otras palabras, aquí se excluye la regla de la solidaridad, toda vez que por ejemplo, tratándose de una solidaridad pasiva, dichos codeudores no son obligados solidariamente a reembolsar frente al codeudor que pagó toda la suma pagada, sino simplemente por la cuota que les corresponden en la deuda. Esta regla, se ha dicho acertadamente, es conforme con el principio de igualdad entre los coasociados (codeudores o coacreedores)[1].

Ahora bien, podría suceder que uno los codeudores sea insolvente, de tal modo que se encuentra imposibilitado de cumplir con el reembolso de su cuota que le corresponde en la obligación. A ese efecto se debe señalar que la insolvencia de uno de los codeudores representa un grave obstáculo para el que en vía de regreso quiera recuperar lo que pagó, porque evita la aplicación del principio de distribución interna sobre las cuotas, que importa que cada codeudor solo deba pagar la cuota que le corresponda

Para hacer frente a esta situación el legislador ha previsto que "si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación". En tal sentido, en el caso en que uno de los codeudores que pagó quiera repetir contra los otros codeudores, pero uno de ellos es insolvente, el riesgo de esta insolvencia se distribuye entre todos los codeudores, incluido el deudor que ha realizado el pago. También la distribución del riesgo es proporcional a las cuotas de cualquiera de los deudores[2]. Esta regla también resulta de aplicación en el caso en que la obligación se ha constituido en interés exclusivo de uno de los codeudores.

Supongamos que 3 deudores se han obligado solidariamente al pago de 90 millones. El codeudor que ha pagado tendrá derecho al reembolso de 30 millones por cualquiera de los otros codeudores, no obstante, si uno de estos es insolvente podrá pretender de los otros 15 millones de los codeudores solventes.

La prueba de la insolvencia de uno de los codeudores está a cargo del deudor que pretende el reembolso. Para tal fin, no basta acreditar que el deudor insolvente ha sido requerido al pago, sino que es necesario probar que este no tiene bienes que le podrían servir de garantía patrimonial, para poder satisfacer su interés.

(1) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 4. L'obbligazione.* Giuffrè, Milano, 1990, p. 720.
(2) GRONDONA, Mauro. "Insolvenza di un condebitore in caso di rinunzia alla solidarietà". En: AA.VV., *Commentario del Codice Civile*, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013.

Finalmente se debe observar que si todos los deudores principales son insolventes, el riesgo de dicha insolvencia recae sobre los codeudores garantes, en caso los hubiere. El tal caso, el codeudor garante que ha realizado el pago tiene derecho de regreso frente a los otros codeudores garantes, solo por la cuota que les corresponde en la obligación. En efecto, aquí no hay razón para derogar la regla general relativa a que las obligaciones de reembolso son parciarias[3]. Para este supuesto, resulta de aplicación el artículo 1893 que dispone que "cuando varias personas otorgan fianza a un mismo deudor por la misma deuda, el fiador que haya pagado tiene acción contra los demás fiadores por su parte respectiva. Si alguno de ellos resulta insolvente, la parte de este se distribuye proporcionalmente entre los demás". En tal sentido, si uno de los codeudores garantes (por ejemplo, un cofiador) realiza el pago, y los codeudores principales son insolventes, tiene derecho de regreso frente al otro codeudor garante (que puede ser un cofiador) únicamente por la parte de la cuota que le corresponde en la obligación.

DOCTRINA

BIANCA, Massimo. Diritto Civile 4. L'obbligazione. Milano: Giuffrè. 1990; GRONDONA, Mauro. "Insolvenza di un condebitore in caso di rinunzia alla solidarietà". En: AA.VV., Commentario del Codice Civile, dirigido por Enrico Gabrielli, Delle Obbligazioni, al cuidado de Vincenzo Cuffaro, artt. 1277-1320, Utet Giuridica, Turín, 2013; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)", en Commentario al Codice Civile, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968.

(3) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 721; RUBINO, Doménico. "Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)". En: *Commentario al Codice Civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1968, p. 228.

TÍTULO VII
RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Formalidad del reconocimiento

Artículo 1205.- *El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma.*

Concordancias:
C.C. arts. 140 inc. 4), 691, 1411; C.P.C. art. 330

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. Promesa de pago y reconocimiento de deuda: breve referencia al artículo 1958 del Código Civil

Según la doctrina dominante, una declaración del siguiente tenor: "prometo (o reconozco) darte (o deberte) cien soles", es tal, que si no es cumplida espontáneamente, el destinatario de ella puede obtener la tutela jurisdiccional si aquel que emite la declaración no está en grado de probar que, en realidad, aquella promesa o aquel reconocimiento y la atribución patrimonial que se obtendría de su cumplimiento, están privados de cualquier justificación sustancial(1).

Si se consideran las expresiones "prometo darte cien soles" o "reconozco deberte cien soles", parece no haber duda que se trata de instituciones diversas.

En la segunda expresión, hay reconocimiento de una calificación jurídica del declarante; este afirma ser deudor de una prestación. Aquí el declarante no expresa la intención de obligarse, él considera su deuda como preexistente.

La primera, en cambio, se presenta como una declaración de voluntad que tiene por objeto la asunción de la obligación de ejecutar una determinada prestación, ella es fuente de obligaciones. No obstante, del artículo 1958 del Código Civil parece desprenderse algo distinto. En efecto, el artículo 1958 establece que: "La persona a favor de la cual se hace por declaración unilateral una promesa de pago o un reconocimiento de deuda, queda dispensada de probar la relación fundamental, cuya existencia se presume".

Así, si la promesa de pago y el reconocimiento de deuda dispensan al destinatario de la carga de la prueba, quiere decir que, en el espíritu de la norma, esta relación obligatoria siempre es tenida como existente, lo que demuestra cómo, siempre en la promesa y en el reconocimiento, subyacen hechos jurídicos idóneos para fungir de fuente de aquellas relaciones obligatorias a las cuales dichas declaraciones se refieren(2).

(1) Ver DONATI, Alberto. "La dichiarazione ricognitiva di debito". En: *Rivista di Diritto Civile*. Anno XXV, N° 5, setiembre-ottobre, Cedam, Padova, 1979, p. 520.

(2) Ibídem, p. 528.

Entonces, no se trata de "prometo pagarte cien soles", sino "prometo darte cien soles que ya te debo" (promesa recognoscitiva de deuda). "Prometer pagar" equivale, entonces, a "admitir deber".

Daría la impresión de que, con la promesa de pago, se manifestaría la previsión de cumplir una actividad futura, mientras que con el reconocimiento se expresaría la representación de una posición asumida en el pasado; sin embargo, de acuerdo con el artículo 1958 del Código Civil, ambas declaraciones evidencian la preexistencia de una relación obligatoria, así de acuerdo con Donati, "promesa de pago y reconocimiento de deuda son, por lo tanto, modos distintos de expresar el mismo concepto, vale decir el reconocimiento de la propia calificación del deudor consecuente con un hecho jurídico ya verificado"(3).

2. Naturaleza jurídica

La promesa de pago y el reconocimiento de deuda, según la doctrina dominante y la legislación peruana, serían hipótesis de promesas unilaterales (ver artículos 1956 y siguientes) y tendrían, por tanto, carácter negocial(4).

El artículo 1958 del Código Civil se encuentra ubicado en la sección relativa a la promesa unilateral, la cual, a su vez, se encuentra en el Libro de Fuentes de las Obligaciones.

No obstante, del mismo artículo se desprende que dichas figuras no son fuentes de relaciones obligatorias(5). Al contrario, ambas presuponen una relación obligatoria preexistente o previa(6).

El único efecto que se desprende del artículo 1958 del Código Civil es la dispensa de la carga de la prueba. De acuerdo con dicha norma, la declaración recognoscitiva de deuda y la promesa de pago dispensan al destinatario de la carga de probar la relación fundamental.

Este es el efecto que la norma atribuye a tal declaración. En tal sentido, esto quiere decir, como señala Donati, que "la relación fundamental queda inmutada y que la deuda del emitente y, correlativamente, el crédito del destinatario de la declaración, existen solo y en cuanto aquella relación fundamental haya constituido y constituya aún la fuente. En otros términos, la declaración recognoscitiva de la deuda deja inmutada la situación de

(3) DONATI, Alberto. Ob. cit., pp. 529-530. Para Albiez Dohrmann "la afinidad solo cobra sentido en cuanto que la promesa de pago o de deuda tiene por objeto una obligación anterior. Fuera de este supuesto, la promesa despliega una eficacia propia y distinta al reconocimiento de deuda" (ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*. Comares, Granada, 1987, p. 33).

(4) Así Gete-Alonso señala: "En mi opinión –como se ha dicho–, el reconocimiento de deuda es, y puede ser, un negocio jurídico con eficacia propia en cuanto que la voluntad manifestada o contenida en el mismo es una verdadera –valga la repetición– voluntad negocial: la de asumir (reasumir) y fijar la relación obligatoria definida nuevamente y 'pasar y estar' por lo nuevamente manifestado; versa sobre una materia propia –la relación obligatoria reconocida– y está provisto de una causa específica que, en cierta medida, toma de la relación obligatoria precedente" (GETE-ALONSO, Carmen. *El reconocimiento de deuda. Aproximación a su configuración negocial*. Tecnos, Madrid, 1989, p. 194.

(5) Si bien es cierto que el artículo 1968 del Código Civil establece que para las promesas unilaterales les es de aplicación, entre otros, el artículo 1402 del Código Civil, también lo es que se añade "en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la promesa".

(6) Para Gete-Alonso el reconocimiento "es –en cuanto negocio– un acto del que surge una nueva obligación: la de asumir (reasumir) lo reconocido, en los términos de la declaración recognoscitiva. Nueva obligación que no es independiente de la anterior ni la sustituye en cuanto que la absorbe, pasando a formar, con ella, el negocio de reconocimiento, y que viene a cumplir una función de garantía" (GETE-ALONSO, Carmen. Ob. cit., p. 195).

derecho sustancial existente entre las partes; ella no la modifica y no la constituye, entre las partes, ni siquiera alguna nueva relación obligatoria que se flanquee o se sobreponga a aquella preexistente"[7]. La promesa de pagar aquello que ya se debe, el reconocimiento de estar obligados a cumplir aquello que ya es debido, no atribuye al destinatario de estas declaraciones un derecho de crédito distinto de aquel derivado de la relación fundamental.

Pero si no hay mutación de la situación de derecho material precedente, la declaración recognoscitiva de la deuda y la promesa de pago no pueden tener naturaleza negocial. Por tanto, el reconocimiento de deuda y la promesa de pago no son un negocio jurídico.

Para Donati, la promesa de pago y el reconocimiento de deuda pertenecen a la categoría de las "declaraciones contra sí"; en particular, serían una especie de confesión (extrajudicial)[8]. De acuerdo con la teoría del negocio jurídico, el reconocimiento de deuda y la promesa de pago califican como acto jurídico *strictu sensu*.

En el reconocimiento de deuda como en la promesa de pago, la manifestación de voluntad solo produce efectos necesarios, es decir, preestablecidos por las normas jurídicas respectivas. Se trata de un acto jurídico *strictu sensu* "enunciativo", en la terminología de Bernardes de Mello, vale decir aquellos que "consisten en la exteriorización (comunicación) de conocimiento (de representación) o de asentimiento"[9]. En tal sentido, el reconocimiento de deuda es una exteriorización de voluntad que da a conocer una situación jurídica preexistente, cuyo efecto necesario es dispensar de la carga de la prueba al destinatario.

Según Albiez Dohrmann, "el reconocimiento de deuda frecuentemente es una declaración de ciencia. Es decir, una declaración que da a conocer la existencia de una deuda. Como tal solo prueba, sin que por ello se crea un vínculo jurídico con el acreedor"[10]. La naturaleza probatoria tiene como consecuencia inmediata que la voluntad del declarante es solo la de poner en conocimiento una situación jurídica y en esto se diferencia de la confesión en la cual se trata de hechos y no de situaciones jurídicas.

Cuando la declaración de ciencia es la aseveración de unos hechos, constituye una confesión extrajudicial[11], y cuando perjudica al propio declarante se habla de "declaración contra *pronuntiatio*". Cuando se trata no de hechos sino de situaciones jurídicas, la declaración se llama reconocimiento. De esta manera, el reconocimiento constituye un medio de prueba de la existencia de una relación obligatoria.

El reconocimiento de deuda o la promesa de pago son declaraciones de voluntad unilateral emitida por aquel que aparece en la posición pasiva de la relación obligatoria (deudor), por tanto, se trata de actos jurídicos unilaterales[12].

En dichas declaraciones recognoscitivas de deuda, el emitente exterioriza el conocimiento de una situación (declara que él es deudor del destinatario). En tal sentido, se trata de actos jurídicos *strictu sensu* enunciativos.

(7) DONATI, Alberto. Ob. cit., p. 553.
(8) Ibídem, p. 572.
(9) BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico*. Editora Saraiva, Río de Janeiro, 1986, p. 163.
(10) ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. Ob. cit., p. 42.
(11) Ver artículos 1.231 y siguientes del Código Civil español (De la prueba de las obligaciones).
(12) En este sentido GETE-ALONSO, Carmen. Ob. cit., p. 139 y ss.

El acto jurídico *strictu sensu* es el hecho jurídico que tiene como núcleo del supuesto de hecho, la manifestación de voluntad cuyos efectos están prefijados por las normas jurídicas y son invariables.

El reconocimiento de deuda y la promesa unilateral son declaraciones de voluntad recepticias[13]; en tal sentido, producen efecto desde el momento en el cual son conocidas por el destinatario. En este caso, deberá tenerse en cuenta por analogía el artículo 1374 del Código Civil, así se considerará conocida en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

De una opinión distinta son Osterling Parodi y Castillo Freyre para quienes "se trata de un acto unilateral, porque emana de la voluntad del deudor, sin ser indispensable la intervención del acreedor, por lo que no es ni siquiera necesario que la declaración del reconociente se dirija al acreedor"[14].

3. Inversión de la carga de la prueba[15]

De acuerdo con el artículo 196 del Código Procesal Civil, salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión. En tal sentido, el acreedor que pretende la ejecución de una prestación debe probar el hecho que generó la relación obligatoria cuyo objeto se pretende.

De acuerdo con el artículo 1958 del Código Civil, el reconocimiento de deuda y la promesa de pago se presentan como un eficaz medio de prueba de la relación obligatoria (relación fundamental), en la medida en que dispensa al destinatario de ella de probar la existencia de la relación obligatoria. Desde otra perspectiva, corresponde al emitente de la declaración que la deuda que él mismo ha reconocido como existente, en realidad se ha extinguido o que nunca ha surgido.

4. La expresión de la relación fundamental: declaraciones recognoscitivas abstractas y declaraciones recognoscitivas causadas

Una de las particularidades más relevantes de las declaraciones recognoscitivas es la de manifestarse o presentarse en cuanto a su formación, de manera "abstracta" o "no titulada", es decir sin expresar la relación obligatoria fundamental; esto es sin indicar la fuente de la deuda que se reconoce. En cambio, se manifiesta de manera "causada" o "titulada" cuando se hace referencia o se describe la relación obligatoria reconocida[16].

Como ejemplos de declaraciones recognoscitivas abstractas (o "no tituladas") se pueden señalar las siguientes: "prometo pagarte cien soles"; "reconozco deberte cien soles". Como ejemplos de declaraciones recognoscitivas causadas (o "tituladas"), las siguientes: "prometo

(13) En este sentido DONATI, Alberto. Ob. cit., p. 575; además GETE-ALONSO. Carmen. Ob. cit., p. 144.

(14) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XVI. Primera Parte, Tomo III. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1994, p. 449. Lamentablemente, el Código Civil peruano no tiene una norma similar al artículo 1334 del Código Civil italiano: "Los actos unilaterales producen efecto desde el momento en el cual llegan a conocimiento de la persona a la cual son destinados".

(15) Para Donati debe ser abandonado el uso de la expresión "inversión de la carga de la prueba". Para el autor italiano, la promesa de pago y el reconocimiento de deuda producen, a favor del destinatario, la dispensa de la carga de la prueba, no como normalmente se afirma, la "inversión de la carga de la prueba". La naturaleza confesoria que estos actos tendrían para Donati hace que la ley tenga probada la deuda reconocida por el emitente, pero no la fuente de ella (DONATI, Alberto. Ob. cit., p. 576).

(16) El Código Civil y Comercial argentino señala, en su artículo 734, que "el reconocimiento puede referirse a un título o causa anterior, también puede constituir una promesa autónoma de deuda".

pagarte los cien soles que te debo a título de mutuo"; "reconozco deberte cien soles como contraprestación de la venta entre nosotros celebrada"[17].

En cualquiera de ambos casos, declaraciones recognoscitivas abstractas (o "no tituladas") o causadas (o "tituladas"), la inversión de la carga de la prueba permanece invariable.

Según Albiez Dohrmann, "un criterio mucho más significativo para definir el reconocimiento abstracto es la expresión o no de la causa en la declaración de reconocimiento. Es un criterio dominante de la jurisprudencia y de la doctrina alemanas el de calificar como abstracto el reconocimiento de deuda que no expresa la causa o solo alude a ella genéricamente. Por el contrario, si la causa aparece especificada en la declaración de reconocimiento o es un reconocimiento declarativo, o también llamado de fijación, o es solo un medio de prueba"[18]. No obstante, la no expresión de la causa tampoco es, para el autor que venimos citando, un criterio atribuible exclusivamente al reconocimiento abstracto. En un sistema causal que admite la presunción de causa, pueden tener validez contractual aquellos reconocimientos que no expresen la causa, y no por ello se calificarán como abstractos.

Para Albiez Dohrmann, el reconocimiento de naturaleza abstracta debe su existencia a la ley. "Fuera de la ley es difícil justificar un reconocimiento de naturaleza abstracta, porque su particularidad reside no tanto en lo que se entiende por el reconocimiento abstracto, sino en su indiferencia ante las anomalías que pueden darse en la causa de la relación jurídica anterior, característica que solo puede determinarse por el ordenamiento jurídico"[19].

La doctrina nacional ha tratado de explicar la figura del reconocimiento abstracto haciendo referencia al sistema abstracto imperante en el Derecho alemán[20]. Nosotros consideramos que, teniendo en cuenta que nuestro sistema jurídico es un sistema causado[21], no tiene sentido remitirse al ordenamiento civil alemán para encontrar sustento en el "negocio abstracto" al reconocimiento abstracto de deuda.

En nuestro Código Civil, al igual que en el Código Civil italiano, el reconocimiento de deuda y la promesa de pago tienen como criterio significativo la no expresión de la causa, cuya existencia se presume. La presunción de la existencia dispensa al destinatario del reconocimiento o de la promesa de probar la fuente de la deuda, constituyéndose entonces como un medio de prueba.

La presunción de existencia de la relación obligatoria subyacente permite no expresar la causa, pero no creemos que ello permita admitir la figura del negocio abstracto en nuestro sistema jurídico, puesto que en él el reconocimiento de deuda y la promesa de pago siempre tendrán causa, y aunque ella no se exprese, su existencia se presume, siendo un claro medio de prueba.

(17) DONATI, Alberto. Ob. cit., pp. 531-532.
(18) ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. Ob. cit., p. 161.
(19) Ibídem, p. 162.
(20) Esto es frecuente, así por ejemplo en el caso de la cesión de créditos regulado en el Código Civil alemán; ver BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades de situaciones jurídicas subjetivas". Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil. Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
(21) Respecto al sistema causal en la transferencia de propiedad ver: BOZA DIBÓS, Beatriz. "Sistema de transferencia adoptado por el legislador peruano de 1984". En: *Thémis, Revista de Derecho*, N° 6, pp. 59 y ss.

5. ¿Es admisible la declaración recognoscitiva abstracta en nuestro ordenamiento?

La declaración recognoscitiva abstracta no constituye una nueva relación obligatoria que se adjunte a la primera; determina solamente la *relevatio ab onere probando* a favor del acreedor (abstracción procesal). El acreedor, por tanto, en el caso que la obligación derivada de la relación fundamental no sea cumplida, podrá acudir al juez y obtener una sentencia de condena al incumplimiento, siempre que el emitente no pueda probar que nunca se ha verificado algún hecho idóneo para fungir de fuente de la obligación objeto de la declaración recognoscitiva[22]. En esta sentencia, el juez determina la calificación de deudor del emitente, determina la existencia de una relación obligatoria, sin extender su conocimiento a la fuente de esta relación obligatoria. Es una sentencia que prescinde de la existencia y, por tanto, del examen de la *causa petendi,* es decir, del hecho jurídico que constituye, o debería constituir, la fuente del derecho hecho valer. Ello supondría entonces la admisibilidad de sentencias abstractas.

De acuerdo con Monroy Gálvez, "el acto de exigir algo –que debe tener por cierto la calidad de caso justiciable, es decir, relevancia jurídica– a otro, antes del inicio de un proceso, se denomina *pretensión material*"[23]. Cuando esta pretensión material se orienta a una petición de tutela jurisdiccional se convierte en *pretensión procesal.*

Veamos un ejemplo: *Primus* le ha prestado a *Secundus* S/ 100,000. Vencido el plazo del contrato de mutuo, *Primus* solicita a *Secundus* la devolución de la suma prestada. Este acto de exigir extrajudicialmente la restitución constituye la pretensión material y el contrato de mutuo es la causa.

Si *Primus* recurre a los órganos jurisdiccionales del Estado para exigir a *Secundus* la devolución del dinero, convierte la pretensión material en procesal.

Conforme lo señala Monroy Gálvez, la pretensión procesal cuenta con la siguiente estructura interna[24]: tras la exigencia del pretensor debe invocarse un derecho subjetivo que sustente el reclamo (fundamentación jurídica). La pretensión procesal además se sustenta en la ocurrencia de hechos (fundamentos de hecho)[25]. "Estos dos elementos de la pretensión procesal, los fundamentos de derecho y de hecho, apreciados de manera conjunta, se conocen con el nombre genérico de *causa petendi, iuris petitum* o *iuris petitio.* Otros autores han castellanizado el concepto y se refieren a él como la causa o razón de pedir"[26].

Conforme a lo establecido en el artículo 424 del Código Procesal Civil, la demanda contendrá, entre otros requisitos, "la fundamentación jurídica del petitorio". De acuerdo con el artículo 426 del Código Procesal Civil, el juez declarará inadmisible la demanda, entre otras causas, cuando "no tenga los requisitos legales".

Dada la presunción de causa en el caso del reconocimiento, el acreedor no necesita sustentar su pretensión (fundamentación jurídica); en tal sentido, se da un fenómeno de inversión de la carga de la prueba, es al obligado al que le corresponderá probar la inexistencia de la relación subyacente. En tal sentido, podemos decir con Albiez Dohrmann que "el reconocimiento sin aludir al origen de la deuda es *causa efficiens* para la admisión de la demanda"[27].

(22) DONATI, Alberto. Ob. cit., p. 534.
(23) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil.* Tomo I. Temis, Santafé de Bogotá, 1996, p. 272.
(24) Ibídem, pp. 273-274.
(25) Como bien lo reconoce Monroy Gálvez, hay procesos en donde este elemento de la pretensión no existe, vale decir, no hay hechos discutidos (Ibídem, p. 274).
(26) MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. cit., p. 274.
(27) ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. Ob. cit., p. 241.

El reconocimiento de deuda abstracto, es decir, sin hacer referencia a la relación obligatoria preexistente, es fundamento suficiente para pretender el crédito, sobre la base de la presunción de causa. En tal sentido, somos de la opinión que es admisible en nuestro ordenamiento el reconocimiento abstracto.

León Barandiarán, comentando el artículo 1231 del Código Civil de 1936, que tiene una redacción similar al actual 1205, señala: "Como el reconocimiento supone referencia a una deuda anterior, debe, pues, hacerse indicación de tal deuda; tratándose del reconocimiento declarativo. Si no, se estaría dentro de la hipótesis del reconocimiento constitutivo, ajena a la comprensión del artículo 1231"[28].

No compartimos la opinión del maestro sanmarquino. Creemos que nuestro ordenamiento admite el reconocimiento abstracto, es decir el que se hace sin indicación de la deuda que se reconoce. Ello es así por la presunción de la existencia de la relación fundamental y por esta razón no creemos posible admitir un reconocimiento constitutivo.

6. La relación obligatoria preexistente (o relación fundamental) como presupuesto del reconocimiento de deuda[29]

Como ya hemos visto, el reconocimiento de deuda y la promesa de pago tienen como fundamento una relación obligatoria previa (relación fundamental). Esta relación fundamental puede ser de fuente autónoma o heterónoma.

Respecto a la relación obligatoria preexistente o relación fundamental, deben darse dos requisitos: existencia e identidad, "supuestos contrarios son: el que no haya existido tal relación, que sea nula o susceptible de impugnación, o que –al reconocer– se introduzca alguna variante de la misma"[30].

a) Existencia.- El supuesto contrario a la existencia es la **inexistencia**, la cual comprende dos aspectos:

- Inexistencia material.- La relación fundamental que se dice reconocer no ha existido nunca. En este caso técnicamente no se trata de un reconocimiento.
- Insubsistencia.- La relación fundamental existió pero se extinguió. La relación fundamental no solo debe existir sino que debe subsistir al momento del reconocimiento. Por tanto, si la relación fundamental se ha extinguido no hay técnicamente reconocimiento.
- Inexistencia jurídica.- La relación fundamental no solo debe haber existido en la realidad material, sino que además debe considerarse existente jurídicamente (válido).

Si el acto jurídico que generó la relación fundamental fuese nulo, no puede hablarse técnicamente de reconocimiento. En tal sentido, Gete-Alonso señala: "(...) si la relación

(28) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones*. Tomo II. Ediar Editores, Buenos Aires, 1956, p. 221. Así, el autor señala: "Si escribo en un documento: 'te debo mil soles'; en este caso no hay duda que se trata de un reconocimiento constitutivo, o sea, de algo distinto al carácter propio del artículo 1231" y luego "si en un documento digo: 'reconozco deberte mil soles, en virtud de servicios que me has prestado'; en este caso es indudable que se trata de un reconocimiento simplemente declarativo, el mismo a que se contrae el precepto". En este mismo sentido, FERRERO, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Cultural Cuzco, Lima, 1987, p. 118.

(29) Para Gete-Alonso, la relación fundamental no es presupuesto sino objeto del reconocimiento (GETE-ALONSO, Carmen. Ob. cit., p. 200).

(30) Ibídem, p. 201 y ss.

obligatoria anterior es absolutamente nula, nulo será también el reconocimiento que la tome como objeto. Y ello cualquiera que sea el hecho (causa) que origine la nulidad (...)"[31].

Si el acto jurídico que generó la relación fundamental fuese anulable, se hace preciso distinguir. Si quien reconoce lo hace con conocimiento de la causal o si existieran hechos que, inequívocamente, pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad (artículo 231 del Código Civil), no puede hablarse propiamente de reconocimiento sino de confirmación del acto anulable[32]. Si no se dieran tales situaciones, no existe obstáculo para que quien ha reconocido la deuda, luego pretenda la anulación del negocio jurídico.

En el caso del "reconocimiento" de una deuda prescrita, Gete-Alonso considera que solo en sentido impropio de reconocimiento "los caracteres de la prescripción y el particular modo de operar de esta conducen a caracterizarlo como un acto de renuncia (negocio jurídico abdicativo) y no de reconocimiento; en particular, de renuncia a la prescripción ganada"[33] (artículo 1991 del Código Civil).

b) Identidad.- Con el reconocimiento de deuda no deben introducirse alteraciones a la relación fundamental, en tal sentido, el reconocimiento deja intacto el contenido de esta relación jurídica.

La presunción de existencia se da respecto a la relación reconocida y corresponderá al acreedor probar las alteraciones. Así, por ejemplo, en el reconocimiento del saldo (reconocimiento parcial) de un precio, se presume la existencia de tal saldo y corresponderá al acreedor probar que el monto es mayor.

La no expresión de la causa en el reconocimiento abstracto genera, sin embargo, algunos problemas prácticos respecto a la relación obligatoria preexistente[34]:

1) El reconocimiento abstracto de deuda puede ser *causa efficients* para que en base a él se reclame el crédito reconocido, pero se desconoce cuál es la fuente o el origen de la deuda; es decir, si se trata de una compraventa, un mutuo o cualquier otra fuente.

2) De la falta de conocimiento de la causa (relación subyacente) se derivan también problemas de competencia. La deuda podría tener su origen en, por ejemplo, una relación laboral.

3) No se tienen en cuenta los vicios existentes en la causa que pueden afectar a la validez del acto fuente de la deuda.

Estos problemas no se presentan bajo la tesis del negocio abstracto, como lo entiende el Derecho alemán, pues de conformidad con su independencia no se plantean cuestiones en torno a la fuente.

7. La forma del reconocimiento de deuda

De conformidad con el artículo 1205 del Código Civil el reconocimiento de deuda puede ser: a) por testamento, o b) por acto entre vivos, el cual, a su vez, puede ser expreso o tácito.

(31) Ibídem, p. 225.
(32) Ibídem, p. 227.
(33) Ibídem, p. 231.
(34) Ver al respecto, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. Ob. cit., p. 240 y ss.

El reconocimiento expreso "es aquel que se produce mediante una declaración dirigida a tal finalidad y puesta en conocimiento del acreedor (...)"[35]; en otras palabras, en el reconocimiento expreso la voluntad se exterioriza de manera concreta e inequívoca.

Para el reconocimiento por acto entre vivos, el emitente puede usar la forma que juzgue conveniente (artículo 143 del Código Civil). No requiere ser por escrito, aunque obviamente parece lo correcto, en la medida en que el reconocimiento importa otorgar al acreedor una prueba.

Si el acto jurídico que constituyó la relación fundamental que subyace requiere de una forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma (ejemplo, el artículo 1625 del Código Civil).

De acuerdo con el artículo 141 del Código Civil, la manifestación de voluntad puede ser tácita; en tal sentido, habría que, en principio, admitir el reconocimiento tácito que sería el que resulta de actos de una persona que revelan inequívocamente su voluntad de admitir que es deudora. No existe norma alguna en nuestro Código Civil que haga referencia al reconocimiento tácito, como sí ocurre, por ejemplo, con el artículo 721 del Código Civil argentino que señala: "El reconocimiento tácito resultará de pagos hechos por el deudor"[36].

Gete-Alonso es de una opinión distinta. En efecto, la autora española señala "si existe una relación obligatoria, lo consecuente, coherente y normal es que el deudor actúe como tal, y a esta actuación no, por serlo, se la calificará de declaración de voluntad tácita, ni menos de carácter negocial: carece de sentido, pues es lo que define la propia situación de deuda. El efecto más demostrativo de la voluntad de que se es deudor –el pago– no es un reconocimiento de deuda, en tanto en cuanto (con independencia de lo que se piense acerca de su naturaleza jurídica) se dirige a extinguir la deuda y no –como sucede en el reconocimiento– a mantenerla. De ahí que –al menos, a mi parecer– no pueda hablarse, en el reconocimiento negocial, de declaración de voluntad tácita: ni en el actual estado de 'regulación', ni en una futura regulación del mismo como negocio típico"[37].

De admitir el pago como reconocimiento tácito de una deuda, debemos tener en cuenta que ello no excluye la posibilidad de que quien paga (y por tanto, quien reconoce) pueda alegar posteriormente que se trató de una atribución patrimonial sin causa por error (pago indebido).

Veamos un ejemplo: *Primus* realiza una atribución patrimonial a favor de *Secundus*. Ello supondría, entonces, el reconocimiento que *Primus* le debe a *Secundus*, por tanto, conforme al artículo 1958 del Código Civil, se presumiría la existencia de una relación obligatoria entre *Primus* y *Secundus* o, lo que es lo mismo, se presume que la atribución patrimonial hecha por *Primus* a *Secundus* es con causa.

(35) GETE-ALONSO, Carmen. Ob. cit., pp. 155-156.

(36) De la redacción del artículo 721 del derogado Código Civil argentino de 1869 parecería que el pago era entendido como el único medio de reconocimiento de una deuda, pero no es así. La doctrina y la jurisprudencia argentina coincidían en que "el artículo 721 ha incluido el caso más típico, sin que ello obste a que todo hecho que implique admitir que se está sometido a una obligación, pueda dar base a un reconocimiento tácito", así por ejemplo, el pago de intereses, un pago parcial, no oponer al deudor otra defensa que la prescripción del crédito reclamado; ver al respecto CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix . *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo 2. Librería Editora Platense, La Plata, 1986, p. 85.

(37) GETE-ALONSO, Carmen. Ob. cit., p. 159.

No obstante, *Primus* podrá probar que dicha atribución patrimonial no existió y, en tal sentido, de acuerdo con el artículo 1273 del Código Civil, se presumirá que hubo error[38], por lo que estaríamos frente a un supuesto de pago indebido y *Secundus* estaría obligado a restituir (artículo 1267 del Código Civil), salvo que pruebe "que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada".

8. Irrevocabilidad del reconocimiento de deuda

Como hemos visto, el reconocimiento de deuda es un acto unilateral. Se trata de una declaración recepticia, por tanto, se entiende perfeccionado, por aplicación analógica de los artículos 1373 del Código Civil[39] cuando es conocida por el destinatario y conforme al artículo 1374 se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario.

De acuerdo con Cazeaux y Trigo Represas, el reconocimiento de deuda es irrevocable[40], respecto de nuestro Código Civil creemos necesario hacer algunas precisiones.

Parece claro que el artículo 1963 del Código Civil no será de aplicación a la promesa de pago ni al reconocimiento de deuda en la medida en que no se trata de una promesa pública. No obstante, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 1384 y 1385 inciso 3) del Código Civil y lo dicho en nuestra cita 37, la revocación parece posible si esta llega antes o simultáneamente con el reconocimiento a conocimiento del destinatario. Una vez que es conocido por el destinatario el reconocimiento es irrevocable.

La revocabilidad no admite dudas en el caso del reconocimiento por testamento, ello en la medida en que, conforme lo dispone el artículo 798 del Código Civil, el testador tiene el derecho de revocar, en cualquier tiempo, sus disposiciones testamentarias.

9. La forma escrita en el reconocimiento de deuda y la repetición del contrato

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1352 del Código Civil, "los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad". En tal sentido, es posible que la celebración del contrato se produzca antes de su documentalización[41], así el documento es posterior al acto. Aun siendo calificado este "documento privado" como documento recognoscitivo, su contenido no tiene por qué ser idéntico o meramente reproductor del acto anterior reconocido.

Por otro lado, si bien el documento privado es suficiente para la formación de los contratos que deben ser celebrados por escrito (ejemplo, la transacción conforme al artículo 1302 del Código Civil), la forma recomendable, a veces, es la escritura pública, sea por la mayor garantía de regularidad del acto, sea por el valor probatorio del documento (artículo 235 del Código Procesal Civil), sea, especialmente, en vista de la inscripción, la cual requiere de escritura pública (artículo 2010 del Código Civil).

Las partes pueden, entonces, decidir elevar a escritura pública el contrato celebrado por escrito. Al respecto, el artículo 1412 del Código Civil establece que si por mandato de la ley

(38) Este párrafo se ha tomado del artículo 1.901 del Código Civil español.
(39) Los artículos 1373 y 1374 han sido tomados del Código Civil italiano; sin embargo, se omitió tomar el artículo 1324 que señala: "Salvo disposición diferente de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán, en cuanto sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial".
(40) CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. Ob. cit., p. 85.
(41) Incluso la documentalización puede no darse.

o por convenio, debe otorgarse escritura pública (siempre que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad), las partes pueden compelerse a llenar dicha formalidad.

De acuerdo con el artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1049, Ley del Notariado, el cuerpo de la escritura pública contiene la declaración de voluntad de los otorgantes, contenida en la minuta[42], vale decir el documento privado. Al suscribirse la escritura pública[43] se da lo que la doctrina conoce como repetición del contrato. Como señala Bianca, "la repetición del contrato es el acto con el cual las partes renuevan su consentimiento expresando una voluntad actual correspondiente a aquella del contrato ya concluido"[44].

Si bien la repetición del contrato tiene en común con el reconocimiento de deuda realizado por escrito, la sucesión de dos declaraciones, no deben ser confundidas. Conforme a Albiez Dohrmann[45], en la repetición del contrato la primera (la del documento privado) y la segunda declaración (la de la escritura pública) son de la misma naturaleza, mientras que en el reconocimiento de deuda la segunda declaración tiene naturaleza confesoria.

Bianca[46] señala que el reconocimiento de deuda realizado por escrito, tiene eficacia meramente probatoria en relación al contrato cual hecho históricamente realizado, mientras que con la repetición las partes estipulan nuevamente el contrato si bien con el mismo objeto del contrato ya estipulado.

10. Reconocimiento positivo o negativo

Se llama reconocimiento positivo al reconocimiento de deuda que hace el deudor frente al acreedor, afirmando su existencia. Reconocimiento negativo es aquel en el que el acreedor reconoce la inexistencia de la deuda.

Como reconoce Albiez Dohrmann, el reconocimiento negativo de deuda es un supuesto poco frecuente[47].

11. Interrupción de la prescripción extintiva

De conformidad con el artículo 1996 del Código Civil, se interrumpe la prescripción, entre otras causas, por el reconocimiento de la obligación.

El reconocimiento de deuda a que se refiere el artículo 1996 tiene un sentido más amplio que el reconocimiento de deuda en sentido estricto, pues comprende determinados supuestos que no calificarían como tales. Ejemplo, el pago defectuoso interrumpe la prescripción, pero no es un reconocimiento de deuda en sentido estricto pues supone una lesión del crédito.

De acuerdo con el artículo 1991 del Código Civil, "puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada". Y luego se añade: "Se entiende que hay renuncia tácita

(42) No se requiere la minuta en los casos señalados en el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1049.
(43) Como bien señala Bianca, "mediante la suscripción el sujeto hace suya la propia declaración negocial. La suscripción, por tanto, sigue y concluye el texto escrito". BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 3. Il Contratto.* Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 296.
(44) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 300.
(45) ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. Ob. cit., pp. 75-76.
(46) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 301.
(47) ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. Ob. cit., p. 406

cuando resulta de la ejecución de un acto incompatible con la voluntad de favorecerse con la prescripción".

¿El reconocimiento de deuda puede considerarse una renuncia tácita a la prescripción ganada? Entendemos que el reconocimiento de deuda no puede considerarse una renuncia tácita a la prescripción ganada puesto que reconocer no supone una intención de pago, de la misma manera que reconocer una deuda no supone una confirmación del acto jurídico que la generó.

DOCTRINA

DONATI, Alberto. La dichiarazione ricognitiva di debito. En: Rivista di Diritto Civile. Anno XXV, N° 5, setiembre-octubre, Cedam, Padova, 1979; ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios. Comares, Granada, 1987; GETE-ALONSO, Carmen. El reconocimiento de deuda. Aproximación a su configuración negocial. Tenos, Madrid, 1989; BERNARDES DE MELLO, Marcos. Teoria do fato jurídico. Editora Saraiva, Río de Janeiro, 1986; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. La cesión de créditos en el sistema de transferencia de titularidades de situaciones jurídicas subjetivas. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil. Escuela de Postgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; BOZA DIBOS, Beatriz. Sistema de transferencia adoptado por el legislador peruano de 1984. En: Thémis Revista de Derecho, N° 6; MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil, Tomo I. Temis, Santafé de Bogotá, 1996; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil Peruano, tomo II, Obligaciones. Ediar, Buenos Aires, 1956; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. Cultural Cuzco, Lima, 1987; CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo 2. Librería Editorial Platense, La Plata, 1986; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, 3 Il contratto. Giuffrè Editores, Milano, 1998.

JURISPRUDENCIA

LA CORTE SUPREMA

Si no hay reconocimiento conforme a la solemnidad, no se interrumpe la prescripción

De conformidad a lo previsto por el artículo 1205 del Código Civil, el reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos; en este último caso si para constituir la obligación primitiva se hubiera señalado alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma, lo cual para este Supremo Tribunal implica establecer en primer lugar si se ha producido el reconocimiento y en segundo lugar de ser así que el mismo pueda efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En el presente caso, se ha establecido que la Escritura Pública de Ratificación y Ampliación de Obligaciones no reviste las características de los actos de reconocimiento de la obligación lo cual guarda relación directa con la causal de interrupción prevista por el artículo 1996 inciso 1 del Código Civil, consiguientemente al no haberse producido el reconocimiento de la obligación no hay interrupción del plazo para que opere la prescripción extintiva de la acción de nulidad de acto jurídico ***(Cas. N° 2716-2012-Huánuco).***

El reconocimiento de obligaciones como acto jurídico

El artículo 1205 del Código Civil establece que: "El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma". Como bien señala Felipe Osterling Parodi "El reconocimiento de una obligación constituye, evidentemente, un acto jurídico. Pero este no crea la obligación; supone, por el contrario, una obligación anterior, y todo lo que hace es verificar su existencia" ***(Cas. N° 2900-2004-Lima).***

TÍTULO VIII
TRASMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO ÚNICO
Cesión de derechos

Definición de cesión de derechos

Artículo 1206.- *La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite 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.

Concordancias:
C.C. arts. 1292, 1435; C. de C. art. 342; LEY 27287 arts. 27, 29, 30, 43, 44, LEY 26702 art. 118 inc. 3); LEY 26887 art. 28

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

Uno de los cambios más notorios que trajo el Código Civil peruano de 1984, y quizá el menos tratado por nuestros autores, es el referente a la transferencia de las situaciones jurídicas subjetivas distintas a la propiedad.

El Código Civil de 1936 regulaba la cesión de créditos en el Libro Quinto referido al Derecho de Obligaciones, específicamente en la sección quinta denominada "De los diversos contratos".

Jorge Eugenio Castañeda al respecto decía: "así como las cosas se venden, se cambian o se donan, los créditos y, en general, los derechos también se venden, se permutan o se donan. Los contratos de compraventa, de permuta y donación tienen por objeto solo cosas, no derechos"[1].

Resulta claro que para el legislador de 1936, la cesión de créditos era un contrato cuya función económica consistía en la transferencia de la titularidad de un crédito, pudiendo realizarse a título oneroso o gratuito. Curiosamente, el Código Civil de 1852 sí admitía la venta de derechos.

Esta última, es la postura que adopta la mayoría de los Códigos latinoamericanos, como el chileno (artículos 1901 y siguientes), el argentino (artículos 1614 y siguientes), el colombiano (artículos 1959 y siguientes), el ecuatoriano (artículos 1868 y siguientes) y el salvadoreño (artículos 1691 y siguientes).

De acuerdo con Jorge Eugenio Castañeda: "no solo se ceden créditos sino también derechos, razón por la que la denominación resulta insuficiente. Y la cesión de derechos se rige por las mismas disposiciones que regulan la cesión de créditos, por razón analógica"[2].

(1) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *La cesión de créditos*. UNMSM, Lima, Lima, s/a.
(2) Ibídem, p. 6.

El nuevo Código Civil, en cambio, ha regulado la "cesión" dentro del capítulo único del Título VII (Trasmisión de las obligaciones) de la sección primera del Libro VI. Lo hace no como un acto de disposición; es decir, como el modo de transferir la titularidad de cualquier situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad. En tal sentido, utiliza la denominación "cesión de derechos", siendo la cesión de créditos una especie de aquella.

Sin duda alguna, a pesar de la poca bibliografía existente sobre la materia, existen diferentes posiciones respecto a la naturaleza jurídica de la cesión. Entre ellas, por ejemplo, encontramos la que considera la cesión como un negocio abstracto, basada principalmente en el tratamiento que le brinda el B.G.B. y la doctrina alemana.

También encontramos aquella teoría que conceptúa la cesión del crédito como un negocio de causa genérica, la que es seguida principalmente por los autores italianos tales como Panuccio. Otros autores, especialmente españoles, estiman la cesión como un modo de trasmisión semejante a la tradición con respecto a la transferencia de la titularidad de la propiedad sobre cosas muebles, posición que adopta, precisamente, nuestro Código Civil. Finalmente, el Código Civil italiano de 1942 y el portugués de 1966, entienden que la cesión no reviste un carácter negocial sino que, más bien, constituye un efecto de los negocios con función económica traslativa.

En la actualidad los contratos que realizan la función económica que consiste en la transferencia de créditos han adoptado gran importancia, en la medida en que constituyen mecanismos contractuales que permiten a los titulares lograr financiamiento a través, por ejemplo, de la venta de créditos. En tal sentido, a través de la cesión de créditos un sujeto adquirirá la disponibilidad inmediata de una suma de dinero a cambio de la transferencia de la titularidad de un bien munido de una utilidad que no es actual. La importancia que adquiere la cesión de créditos dentro de la actividad económica, nos obliga a replantear el tema desde un punto de vista funcional.

La titularidad de un crédito puede ser objeto de transferencia, como lo puede ser cualquier situación jurídica, salvo que las partes, la naturaleza de la obligación o la ley lo impidan. En otras palabras, el crédito, como la propiedad, es un bien y, por tanto, puede ser objeto de transferencia.

Como bien señala Randall, "para el lego, la idea de comerciar con derechos puede parecerle algo extraña. Se tiende a pensar en el comercio como la transferencia de cosas físicas; es decir, de objetos que se pueden poseer. Sin embargo, la característica fundamental del comercio es la transferencia de derechos, más bien que la transferencia física y el traslado de cosas. Cuando uno 'compra' un terreno, no toma ese pedazo de tierra y se lo lleva a casa. Más bien adquiere ciertos derechos específicos para hacer uso de ese terreno"(3).

En tal sentido, la transferencia de la titularidad de un crédito debe ser estudiada dentro del sistema general de transferencias, tomando en cuenta sus aspectos comunes y particulares.

Dentro de esta idea, debemos comprender que la transferencia de la titularidad del crédito constituye un efecto jurídico, el cual, de acuerdo con "la ley de la causalidad jurídica" responde a una causa. Es decir, no puede producirse el efecto traslativo de la titularidad de

(3) RANDALL, Alan. *Economía de los recursos naturales y política ambiental.* Editorial Limusa, México, 1985, pp. 173-174.

ninguna situación jurídica subjetiva sin un hecho que constituya la realización del supuesto normativo, causa o antecedente legal necesario de tales consecuencias[4].

La doctrina y las diversas legislaciones se han referido a la transferencia de la titularidad de la situación jurídica creditoria, con la expresión "cesión de crédito". Pero el término cesión tiene un significado anfibológico, pues no solamente se refiere al efecto sino, también, a la causa. En este sentido, Panuccio ha dicho: "En la cesión en especie el perfil del hecho y el perfil del efecto están íntimamente conexos y a menudo confundidos. A veces por cesión se entiende la ideal transformación del mundo jurídico que consiste en la transferencia del crédito, es decir una diversa postura del efecto jurídico. A veces, en cambio, se llama cesión al hecho real que ha causado aquella transformación, por lo tanto no más el efecto sino su antecedente jurídico"[5].

El artículo 1206 del Código establece lo siguiente: "La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto".

Del artículo transcrito se desprende que el legislador adopta, para la transferencia de la titularidad de situaciones subjetivas creditorias[6], la teoría de la doble causa, siendo la cesión el modo o acto de disposición.

Manuel de la Puente y Lavalle, ponente del articulado respectivo, señala en la Exposición de Motivos: "Pienso que la cesión de derechos es un acto jurídico cuya finalidad es establecer el modo como se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, bien sea contractual, como es el caso de la compraventa, la permuta, la donación, etc., de derechos, o bien extracontractual, como en el caso de la herencia o una disposición legal"[7].

Se acoge, por lo menos en principio, el sistema germánico de cesión de créditos que puede ser explicado de la siguiente manera: "La cesión convencional *(Abtretung)* es un acto jurídico que recibe la consideración de negocio de disposición *(Verfügungsgeschäft)* o contrato real *(dinglicher Rechtsgesthäft)*. Este consiste en el acuerdo de voluntades en producir la transmisión (...), negocio que es ejecución o cumplimiento de una obligación de ceder que resulta de otro negocio jurídico, al que llamamos negocio obligacional *(obligatorisches Rechtsgeschäft)*, que sería la causa última de la cesión, y que puede consistir tanto en un contrato *(pactum de cedendo)* de compraventa, permuta, donación (...)"[8].

(4) ABELENDA, César Augusto. *Derecho Civil. Parte General.* Tomo 2. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 173.

(5) PANUCCIO, Vincenzo. *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento.* Dott. A. Giuffrè, Milano, 1955, p. 5. En el mismo sentido Mengoni (MENGONI, Luigi. *Gli acquisti a non domino.* 3ª edizione. Giuffrè, Milano, 1994, p. 2, nota (1). La legislación alemana utiliza el término "Abtretung" para referirse al hecho, y el término "Übertagung" o "Forderungsübertragung" para los efectos.

(6) Como veremos más adelante, el artículo 1206 en realidad pretende comprender no solo una cesión de créditos sino otras situaciones jurídicas distintas a la propiedad.

(7) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones.* Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XVI, Primera Parte, tomo III. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1994, p. 476. Como veremos más adelante, nuestro Código no se limita a la transferencia de la titularidad del crédito sino comprende la transferencia de cualquier situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad.

(8) GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. "Sistemas germánicos de cesión de créditos"(I). En: *Anuario de Derecho Civil.* Tomo XLV, fascículo I, enero-marzo, MCMXCII. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 103.

Decimos que solo en principio puesto que para el sistema germánico la cesión, como veremos, es un acto abstracto, lo que no sucede en nuestro sistema donde la cesión es un acto causado. En tal sentido, la bibliografía alemana sobre la materia debe ser utilizada, entre nosotros, con mucha cautela.

De esta manera, el legislador se aparta de la opción del Código Civil de 1936 que consideró a la cesión como un contrato creador de obligaciones, en tal sentido el artículo 1456 de dicho cuerpo legal decía: "El acreedor puede ceder su crédito, si ello no se opone a la naturaleza de la obligación, la ley o la convención con el deudor".

El articulado de la cesión de créditos[9] se encontraba dentro de la sección quinta referida a "los diversos contratos". Como ya anotamos, Jorge Eugenio Castañeda decía: "así como las cosas se venden, se cambian o se donan, los créditos y, en general, los derechos también se venden, se permutan o se donan. Los contratos de compra-venta, de permuta y donación **tienen por objeto solo cosas; no derechos**"[10] (el resaltado es nuestro).

Así pues, la cesión de créditos era considerada, en el Código derogado, un contrato por el cual el "cedente" *se obligaba* a transferir al "cesionario", la "propiedad" de un derecho de crédito. Se pretendía, así, dar un carácter autónomo a la cesión.

No obstante, así definida la cesión, se confundía con cualquier otro contrato cuya función consistiera en transferir la titularidad de la propiedad, así la compraventa, la donación o la permuta. En efecto, se hablaba de "cesión-venta", si la cesión se realizaba a cambio de un precio; "cesión-donación", si era gratuita, y "cesión-permuta", si era por otro crédito.

Encontramos el antecedente de esta concepción en el Esboço de Augusto Teixeira de Freitas, específicamente en los artículos 2.177 y 2.178. El primero de ellos establecía: "Habrá cesión de créditos, cuando una de las partes se **ha obligado a transferir** a otra parte el derecho que le compete contra su deudor" (el resaltado es nuestro).

Esta es la postura que adopta la mayoría de los Códigos latinoamericanos decimonónicos, como el chileno (artículos 1901 y siguientes), el argentino de 1869 ahora derogado (artículos 1434 y siguientes), el colombiano (artículos 1959 y siguientes), el ecuatoriano (artículos 1868 y siguientes) y el salvadoreño (artículos 1691 y siguientes).

Una variante de esta posición se encuentra en el *Code* Napoleón, en el Código Civil belga y en el Código Civil español. En estos, la cesión de créditos no constituye un contrato autónomo, sino una variedad de la compraventa. En tal sentido, Mengoni señala: "La cesión de los créditos, desde el punto de vista del supuesto de hecho, no es una categoría autónoma, sino es una venta permuta (cesión a título oneroso) o bien una donación (cesión a título gratuito)"[11].

De hecho, el Código Civil español regula la cesión de créditos (y de otros derechos) dentro del título relativo a la compraventa (artículos 1526 y siguientes).

Al adoptarse el sistema del título y modo en la transferencia de la titularidad de situaciones jurídicas creditorias, significa que son necesarios dos actos para que dicha transferencia se produzca: un acto de obligación (título) y un acto de disposición (modo).

(9) El Código Civil de 1936 utilizaba la expresión "cesión de créditos", no la de "cesión de derechos" como lo hace el actual Código.

(10) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Ob. cit.

(11) MENGONI, Luigi. Ob. cit., p. 22, nota (6). Comparte esta apreciación NAVARRO PÉREZ, José Luis. *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*. Comares, Granada, 1988, p. 28.

Ese acto de obligación será todo contrato que tenga como función económica la transmisión de titularidades: así la compraventa, donación o permuta. Esta afirmación, sin embargo, puede ser discutida si tenemos en cuenta el artículo 1529 del Código Civil peruano de 1984 que describe la relación de compraventa[12] de la siguiente manera: "Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero".

En este sentido, Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan: "(...) si se observan las normas del Código de 1984 sobre los contratos de compraventa y permuta, se infiere que ellas regulan expresamente solo la transferencia de propiedad de bienes, pero no la transferencia de otros derechos distintos al derecho de propiedad. Se ha buscado, a través de la reglamentación del tema de la cesión de derechos en el Código vigente, que se utilice esta vía para efectuar la transmisión de dichos otros derechos, para los cuales no existe un conducto taxativamente preestablecido por el propio Código"[13].

Esto supondría, de acuerdo a los autores citados, que el título sería un contrato atípico, en virtud del cual un sujeto se obliga a transferir la titularidad de un crédito a otro sujeto.

No obstante, creemos que no es necesario recurrir a figuras atípicas, complicando aún más el Derecho. Más bien compartimos la opinión de que: "es metodológicamente sano evitar hasta donde sea posible las calificaciones de 'atípico' o *sui generis* u otras similares, porque estas debilitan el rigor lógico de las instituciones y hacen precario el razonamiento, convalidando muchas veces lo que no resulta admisible dentro de los marcos conceptuales preestablecidos. En consecuencia, es preciso hacer todos los esfuerzos intelectuales para entender las situaciones dentro de los marcos preestablecidos de las instituciones del Derecho; y si a pesar de tales esfuerzos una situación se sigue presentando como 'atípica' o *sui generis*, hay que examinarla muy cuidadosamente (...)"[14].

En relación al contrato de compraventa, Albaladejo señala: "(...) casi podría decir que la compraventa lo es siempre de derechos, ya que cuando se vende una cosa, se trata –al menos tendencialmente– de transmitir la propiedad de la misma, es decir, un derecho sobre ella, razón por la que la compraventa tendería en todo caso –como ya ha puesto de relieve incluso algún Código moderno– al cambio de un derecho (de propiedad o de otra clase) por un precio"[15].

Dentro de esta línea, creemos que no existe ningún inconveniente para considerar que el contrato de compraventa (donación y permuta), en nuestro Código Civil, tiene como función económica la transmisión de la titularidad de cualquier situación jurídica subjetiva y no solo la de la titularidad de la propiedad, tal como lo dispone el artículo 1470 del Código Civil italiano[16]. Por tanto, es innecesario recurrir a la figura del contrato atípico, puesto que

(12) Nos vamos a referir a la compraventa, pero se hace extensivo a la donación (artículo 1621) y permuta (artículo 1602).

(13) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 483.

(14) Considerandos de laudo arbitral de fecha 6 de setiembre de 1996 en los seguidos entre Centromín Perú S.A. y Compañía Minera Casapalca S.A. Voto en mayoría de los señores árbitros Fernando de Trazegnies Granda y Guillermo Velaochaga Miranda.

(15) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil.* Tomo II, volumen segundo. 4ª edición. Librería Bosch, Barcelona, 1977, p. 8. Ver también BADENES GASSET, Ramón. *El contrato de compraventa.* Tomo I. Librería Bosch, Barcelona, 1979.

(16) Artículo 1470: "La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della propietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo". En igual sentido el artículo 584 del Código boliviano, el artículo 874 del portugués, el 2248 del Código del Distrito Federal de México y el artículo 737 del paraguayo.

teniendo en cuenta que se trata de contratos con elementos conocidos, será de aplicación la disciplina jurídica propuesta para los correspondientes contratos típicos, sea que se considere que se trata de una aplicación directa o analógica. Así, por ejemplo, si *Primus* se obliga a transferir la titularidad de un crédito a *Secundus* a cambio de un precio, se aplicará la disciplina de la compraventa; si se obliga a transferir gratuitamente, la de la donación[17].

De conformidad con el artículo 1206 del Código, la cesión es el modo (acto de disposición) por el cual se transfiere la titularidad de una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad.

Siguiendo a Larenz, entendemos por negocios de disposición: "(...) aquellos negocios jurídicos que están dirigidos inmediatamente a actuar en un derecho existente, modificándolo, transmitiéndolo o produciendo su extinción"[18].

En tal sentido, de acuerdo con nuestro Código, el título solo genera la obligación de transferir la titularidad del crédito, pero para la transferencia efectiva de la titularidad se requiere de un modo. En tal sentido, mientras no se realice el modo, el cesionario solo tiene un derecho a la transferencia; es solo con el modo que el cesionario se convierte en acreedor. Al respecto, De la Puente y Lavalle señala: "Pienso que la cesión de derechos es un acto jurídico cuya finalidad es establecer el modo como se transmiten los derechos(...)"[19].

En tal sentido, en nuestro Código, la cesión es al crédito lo que la tradición es a la propiedad, tratándose de cosas muebles.

Si bien se adopta el sistema del título y del modo, es necesario recordar que nuestro sistema es causado, lo que marca una diferencia con el sistema abstracto alemán.

Resulta de suma importancia insistir con Navarro Pérez: "(...) en dos aspectos de neta separación conceptual, pero al mismo tiempo mutuamente enlazados: el acto y el efecto(...)"[20]. Esta diferenciación es esencial para comprender el fenómeno de la cesión de créditos.

Con base a ello tenemos que el efecto implica la sustitución que realiza un sujeto de otro en la titularidad de una situación jurídica creditoria de una relación jurídica patrimonial preexistente. Esto significa, además que el objeto de la transferencia es la titularidad de un crédito.

El término "cesión", así entendido, es sinónimo de "transferencia", la cual, como todo efecto jurídico, requiere de una causa.

Nuestro Código al adoptar el sistema del título y del modo, establece una doble causa de la cesión: un título (contrato con función traslativa), y un modo: la cesión.

No obstante, el sistema del título y del modo encuentra su justificación para la transferencia de la titularidad de situaciones jurídicas oponibles *erga omnes,* donde, precisamente, el modo constituye el mecanismo de publicidad que le otorga ese carácter.

(17) MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato.* Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, pp. 396-397.

(18) LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte general.* Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 434.

(19) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 476.

(20) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 43.

En cambio, como veremos con detalle más adelante, la transferencia de la titularidad de un crédito no requiere, o no es susceptible, de una oponiblidad *erga omnes,* por lo que se requiere de mecanismos menos costosos como, por ejemplo, la notificación al deudor cedido.

Por ello, consideramos adecuada la solución que brinda el Código Civil italiano, en virtud del cual la transferencia de la titularidad de un crédito opera en virtud del contrato con función traslativa y la oponibilidad al deudor cedido se consigue en virtud de la notificación.

En este sentido, lo que durante la vigencia del Código Civil de 1936 se llamaba "cesión-venta" y "cesión-permuta", no es otra cosa que un contrato con función traslativa onerosa; es decir, una compraventa o una permuta. Lo que se conocía como "cesión-donación", un contrato con función traslativa gratuita: una donación.

Por tanto, la cesión de créditos a título oneroso no es otra cosa que una hipótesis calificada de compraventa, es decir, de aquel contrato que vale como "tipo" de negocio translativo oneroso. En consecuencia, el régimen de la cesión onerosa debe regirse, salvo excepciones expresamente señaladas, por las reglas de la compraventa.

1. La cesión de créditos *pro soluto*

Cuando un crédito se cede con la finalidad de extinguir una obligación de la cual es deudor el cedente, estamos frente a la figura de la cesión *pro soluto.*

La cesión *pro soluto* constituye una dación en pago, en la medida en que el acreedor recibe del deudor (cedente), como cancelación total o parcial de una relación obligatoria previa, la titularidad de un crédito, tal como lo define el artículo 1265 del Código Civil.

En la doctrina se han producido debates en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago. Así, se ha discutido la calificación de la dación en pago mediante su identificación con otras figuras jurídicas afines.

En este sentido, la dación en pago se ha asimilado a la novación objetiva. Al respecto Felipe Osterling Parodi señala: "Para que se configure la dación en pago o adjudicación en pago, tiene que existir, sin duda, una novación objetiva. La dación en pago supone, inevitablemente, sustituir una obligación por otra, esto es novación"[21].

Díez-Picazo objeta este punto de vista diciendo que: "(...) las partes, cuando dan algo distinto de lo debido, no buscan extinguir la anterior obligación, sustituyéndola por otra nueva, sino que tan solo pretenden señalar un medio de extinción de la obligación(...)"[22].

Nosotros consideramos que la relación obligatoria puede experimentar a lo largo de su existencia modificaciones que alteren algunos de sus elementos, pero conservando su identidad.

La doctrina moderna reconoce que no todo cambio en la relación obligatoria implica su extinción y el surgimiento de una nueva que la sustituya. En tal sentido, podemos distinguir, principalmente, dos tipos de modificaciones: una subjetiva y la otra objetiva.

(21) OSTERLING PARODI, Felipe. "Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)". Con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios.* Parte III, tomo V. Compiladora: REVOREDO, Delia. Okura Editores, Lima, 1985, p. 408. En tal sentido, ver el Proyecto del Código Civil elaborado por la Comisión encargada de la Reforma y Estudio del Código Civil de 1936, creada por D.S. N° 095 del 1 de marzo de 1965, publicado en el Diario oficial *El Peruano* el día 11 de noviembre de 1982. De la misma opinión NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 223.

(22) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial,* Vol. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 664.

La modificación objetiva afecta el objeto de la relación obligatoria; en principio, esta puede referirse a la sustitución de la prestación inicialmente prevista por otra distinta.

Actualmente, en concordancia con las necesidades del tráfico, existen instrumentos más ágiles y más prácticos, por lo que se ha dado a la novación un carácter secundario, esto lleva a Sancho Rebullida a decir: "la novación descansa únicamente en ideas hace siglo olvidadas"[23].

Dentro de esta línea de pensamiento, consideramos que la dación de pago constituye un contrato modificativo; es decir, un contrato que tiene por objeto la modificación objetiva de una relación obligatoria preexistente.

En la dación en pago deben distinguirse claramente dos momentos: 1) el acuerdo de las partes de sustituir la prestación primitiva por una nueva; y, 2) la realización de la prestación nueva.

La dación en pago consiste, pues, fundamentalmente, en el acuerdo de sustituir la prestación originaria por una nueva. El segundo momento es el pago propiamente dicho. Normalmente estos dos momentos se producen simultáneamente.

2. La cesión de créditos *pro solvendo:* la cesión fiduciaria

Como una modalidad de la cesión la doctrina habla de la cesión *pro solvendo* donde se distinguen dos casos: la cesión *pro solvendo* con fines de garantía y la cesión *pro solvendo* con fines de cobranza[24].

En la cesión *pro solvendo* con fines de garantía, la transmisión de la titularidad del crédito solo se hace con la finalidad de garantizar una obligación.

El derogado artículo 1084 del Código Civil admitía la posibilidad de dar en prenda créditos siempre y cuando estos consten de documento, el cual debe ser entregado al acreedor, a un tercero o a una institución de crédito.

Queda claro, sin embargo, que la prenda de créditos a la que se refería el artículo 1084 del Código no tenía ninguna relación con la cesión en garantía, puesto que la prenda implicaba la entrega del documento que contiene el crédito, y la cesión, en cambio, es la disposición de él.

En la cesión *pro solvendo* en cobranza o con fines de cobro, el cesionario solo tiene la facultad de reclamar la conducta debida, pero la titularidad de la situación subjetiva creditoria corresponde siempre al cedente[25]. Por tanto, la cesión "*pro solvendo*" o cesión en cobro, no supone una autorización para que un tercero reciba el pago, puesto que en este caso el tercero autorizado no puede pretender, ni judicial ni extrajudicialmente, el cumplimiento solo está limitado a recibir la prestación y realizar actos conexos.

Coincidimos con Navarro Pérez, cuando dice: "puesto que el efecto querido por las partes en la cesión *pro solvendo* no puede conseguirse sino a través de la transferencia de la

(23) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. "La novación de las obligaciones en el Derecho español". En: *Estudios de Derecho Civil.* Tomo I. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, p. 228. Resulta interesante constatar que el Código Civil alemán, en vigencia desde el 1 de enero de 1900, no contiene normas relativas a la novación.

(24) Ver al respecto HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones.* Volumen III. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 206.

(25) En tal sentido ver NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 228.

titularidad del crédito al cesionario, debe concluirse que en la cesión *pro solvendo,* se verifica un verdadero y propio trasferimento del crédito"[26].

La doctrina ha considerado como una especie de los negocios anómalos[27] a los negocios fiduciarios, los cuales se caracterizan porque: "(...) las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos jurídicos –como ellos saben– exceden de aquel fin"[28].

Navarro Pérez señala: "Si consideramos atentamente la intención de las partes cuando efectúan una cesión *pro solvendo,* se observa que a lo que en realidad tienden es a realizar un negocio fiduciario. Las partes quieren transferir la titularidad del crédito, y quieren transferirla en su totalidad; pero, o la transferencia se realiza con finalidad de garantía (y estamos en la hipótesis característica de la *fiducia cum creditore),* o se realiza para que el importe del cobro del crédito sea retenido hasta el correspondiente montante en pago del débito del cedente y, reembolsando al mismo por el exceso"[29].

Para nosotros la cesión *pro solvendo* con finalidad de garantía y la cesión *pro solvendo* con finalidad de cobro califican como negocios fiduciarios.

DOCTRINA

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. La cesión de créditos. Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima s/f; RANDALL, Alan. Economía de los recursos naturales y política ambiental. Editorial Limusa, México, 1985; ABELENDA, César Augusto. Derecho Civil. Parte General, Tomo 2. Astrea, Buenos Aires, 1980; PANUCCIO, Vincenzo. La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento. Dott, A. Giuffrè Editore, Milano, 1955; MENGONI, Luigi. Gli acquisti a non domino, 3ª edizione. Giuffrè, Milano, 1994; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. Sistemas germánicos de cesión de créditos (I). En: Anuario de Derecho Civil, Tomo XLV, fsc. I, enero-marzo, MCMXCII, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid; NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Editorial Comares, Granada, 1988; ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, tomo II, Vol. II, 4ª edición. Librería Bosch, Barcelona, 1977; BADENES GASSET, Ramón. El contrato de compraventa, Tomo I. Librería Bosch, Barcelona, 1979; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986; LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978; OSTERLING PARODI, Felipe. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones), con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios, Parte III, Tomo V, compiladora: REVOREDO, Delia. Okura Editores, Lima, 1985; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I. Civitas, Madrid, 1996; HEDEMANN, Justus. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Vol. III. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Civitas, Madrid, 1985.

(26) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 230.

(27) "La anomalía que ha llevado a que se destaque como algo especial y distinto el negocio anómalo, es la de una deformación de una figura negocial, querida por quienes lo crean y hecha para escapar de la regulación normal de los negocios, de la prevista y ordenada por las leyes" (DE CASTRO Y BRAVO, Federico. "El negocio jurídico", Civitas, Madrid, 1985, p. 329).

(28) REGELSBERGER, Ferdinand, citado por DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 381.

(29) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 234.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Efecto principal de la cesión de derechos no se traduce en una obligación a cargo del cedente

En el contrato de cesión de derechos (art. 1206 del CC) el efecto principal no se traduce en una obligación a cargo del cedente, sino en la transferencia de todas las situaciones jurídicas subjetivas que integran una de las posiciones contractuales (para el caso de la cesión de posición contractual) o en la transferencia del derecho de crédito (para el caso de la cesión de derechos) (Cas. N° 4442-2015-Moquegua. IX Pleno Casatorio. Considerando 5).

CORTE SUPREMA

La cesión de derechos como acto de disposición

La cesión es un acto jurídico mediante el cual el cedente transmite derechos al cesionario. Sobre este acto jurídico, Barchi Velaochaga comenta que "De acuerdo con nuestro Código (Código Civil peruano de 1984), el título solo genera la obligación de transferir la titularidad del crédito, pero para la transferencia efectiva de la titularidad se requiere de un modo. En tal sentido, mientras no se realiza el modo, el cesionario solo tiene un derecho a la transferencia, es solo con el modo que el cesionario se convierte en acreedor". Entonces, de acuerdo al artículo 1206, la cesión es el modo (acto de disposición) por el cual se transfiere la titularidad de una situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad (Cas. N° 4757-2012-Lima).

La cesión de derechos genera la sucesión procesal

La cesión de derechos es un medio de transmisión de derechos 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, conforme lo establece el artículo 1206 del Código Civil; constituyendo en este caso una forma de sucesión inter vivos por el que el cesionario ocupa el mismo lugar del cedente, con los mismos privilegios y garantías reales y personales, así como demás accesorios, según lo establece el artículo 1211 del Código Civil, lo cual resulta concordante con el artículo 108 inciso 3 del Código Procesal Civil que considera a la cesión de derechos una forma de sucesión procesal por acto entre vivos (Cas. N° 3073-2005-Lima).

La cesión de derechos como modo de subrogación convencional

{D}el documento denominado "Recibo de Indemnización - Reclamo de Transportes N° 6892889", se advierte que en este consta la cesión de derechos realizada por el asegurado Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima a la demandante El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros por el monto de los daños ocasionados, habiendo operado lo regulado por el artículo 1206 del Código Civil que dispone: "La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto", subrogándose por tanto, la demandante en los derechos que le corresponden al asegurado, correspondiéndole el derecho de exigir la prestación a cargo del deudor de la indemnización; debiendo desestimarse la causal invocada (Cas. N° 216-2015-Callao).

Elementos de la cesión de derechos

Son elementos de la cesión de derechos: a) una relación jurídica preexistente a la cesión y que sea susceptible de ser cedida sin cuya existencia no podría configurarse la referida cesión; b) las partes de esta relación obligacional están constituidas por un cedente y un cesionario; c) que se transmite un derecho a exigir determinada prestación; d) que la cesión sea el modo de transferir un título distinto (Cas. N° 372-2006-Arequipa).

La cesión de derechos requiere una causa que la justifique

{C}uando los artículos 1206 y 1207 del Código Civil hablan del término "título de la transferencia del derecho", se están refiriendo a la causa que da origen a la cesión de derechos; es decir, al acuerdo previo mediante el cual el cedente se obliga a transmitir al cesionario su crédito, que puede ser una compraventa, una permuta, una donación, u otro acto jurídico que le sirva de fuente; por lo tanto, siendo la causa de la cesión el acuerdo previo que obliga al cedente a transferir el derecho a favor del cesionario, ello no debe ser confundido con el derecho mismo que es objeto de la cesión; así por ejemplo, en el caso que el cedente transmita al cesionario el derecho de crédito consistente en exigir al deudor el pago de una suma de dinero, el objeto de la cesión es el derecho que se transmite, es decir, el derecho a exigir al pago de la suma de dinero, en cambio la causa de la cesión puede ser una compraventa, una donación y otro acto jurídico que obligue al cedente a transferir el derecho a exigir la suma de dinero al cesionario (Cas. N° 3118-2000-Callao).

Diferencias entre la subrogación y la cesión de derechos

La subrogación se diferencia de la cesión de derechos, en que, en el primer caso hay un pago, por el cual se sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de, lo que hubiere pagado, como lo establece el artículo 1262 del Código Civil; mientras que 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, como señala el artículo 1206 del anotado Código ***(Cas. N° 2679-2002-La Libertad).***

Requisitos para la cesión de derechos

{L}os requisitos para la cesión de derechos son: a) Que exista un cedente que tenga derechos que también puedan ser materia de controversia judicial, arbitral o administrativa; b) Que exista un cesionario al cual se transmita el derecho a exigir la prestación a cargo del deudor; c) Que exista un título por el cual se transfiere el derecho que debe constar por escrito y en ese caso el documento sirve de constancia de la cesión y d) Que el título para la transferencia esté dado por la relación contractual o extracontractual que genera la obligación de transferir el derecho y que el título sea distinto ***(Cas. N° 3158-1999-Callao).***

PLENOS JURISDICCIONALES DISTRITALES

Cesión de derechos no puede transferir derecho de propiedad

No se puede transferir el derecho real de propiedad mediante la cesión de derechos ***(I Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial 2014 Lima. Acuerdo tema 4).***

TRIBUNAL REGISTRAL

Efectos de la cesión de derechos

{A} través de la cesión de derechos solo se transmite al cesionario la facultad o derecho de hacer efectiva la acreencia que tiene el acreedor cedente respecto de su deudor; es decir, que solo se transmite la parte activa de la relación obligacional". "El solo cambio del sujeto de la obligación no significa que se esté ante una obligación nueva; ya que en esta figura jurídica se considera que la persona del acreedor o deudor es en principio, un elemento secundario de la obligación, y por consiguiente, a pesar del reemplazo de sujetos, la relación crédito-deuda continúa igual. (...) El efecto de la cesión es el de hacer entrar al cesionario en el lugar del cedente, sin cambio alguno en la primitiva obligación". Asimismo, (...) cuando se cede un crédito, el adquirente, al que se llama cesionario, se coloca en el lugar del antiguo acreedor, el cedente; y así, habiendo cambiado el titular del derecho, no cambia el derecho mismo, que continúa idéntico. ***(Resolución. N° 072-2005-SUNARP-TR-L).***

Formalidad de la cesión

Artículo 1207.- ***La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión.***

Concordancias:
C.C. art. 140 inc. 4)

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

De acuerdo con el sistema del título y del modo adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, para la transferencia de la titularidad de un crédito se requiere de dos acuerdos de voluntades: uno de ellos creador de una obligación de transferir y el otro el acuerdo traslativo.

El Código establece una forma *ad solemnitatem* para la cesión; es decir, para el acuerdo traslativo. En tal sentido, la cesión debe constar por escrito.

Al respecto Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan: "Al tratarse de un acto de importancia no solo para quienes celebran el contrato de cesión de derechos (acreedor o cedente y tercero o cesionario), sino también para una persona ajena a dicha convención (el deudor o cedido), la ley exige que dicho acto se concierte por escrito, bajo sanción de nulidad, lo que equivale a decir que en este caso la formalidad es *ad solemnitatem* y no *ad probationem*"(1).

La forma *ad solemnitatem* en los actos jurídicos se justifica, principalmente, en aquellos de naturaleza gratuita: "por la peligrosidad de tales negocios para quien los haga (empobrece su patrimonio sin correlativa compensación económica), para los herederos legitimarios y para los acreedores"(2). Ello explica la exigencia de forma, por ejemplo, en la donación (artículos 1624 y 1625 del Código).

Parece que la intención es brindar un medio de prueba, frente al deudor, de la cesión. No obstante, ello significaría confundir la formalidad con la publicidad. Al respecto, Cano Martínez de Velasco señala: "La publicidad, y en esto se distancia, de la forma, no mira, como esta, a las partes, o celebrante unilateral, de un negocio, o de un acto, que trata de asegurar para ellas, sino a los terceros. Es decir, la publicidad es garantía del tráfico jurídico"(3).

Como hemos adelantado y volveremos más adelante, siendo la cesión un contrato, como tal, no constituye un mecanismo de publicidad. Asimismo, la forma *ad solemnitatem* no otorga a los contratos eficacia respecto a terceros. No encontramos pues justificación a lo dispuesto en el artículo 1207 del Código Civil.

Excepcionalmente, si el acto o contrato que constituye el título consta por escrito, este instrumento sirve de constancia de la cesión (segundo párrafo del artículo 1207 del Código).

Esta excepción significa, por ejemplo, que si se vende un crédito y dicho contrato (por ejemplo, de compraventa) se realiza por escrito, este documento sirve para probar la cesión. De esta manera, cuando el título consta por escrito, se considera que los dos acuerdos de voluntades

(1) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1994, p. 501.

(2) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 286.

(3) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Bosch, Barcelona, 1990, p. 16.

coinciden en un mismo momento; es decir, desde otro punto de vista, que la transferencia operará de manera inmediata. Se estaría adoptando, prácticamente, el sistema del acto único.

Es importante recordar el artículo 1413 del Código Civil:

> "Artículo 1413.- Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato".

Al respecto, resultan oportunas las palabras de De la Puente: "Conviene hacer una precisión previa. El artículo 1413 no se refiere, en realidad, a la modificación del contrato, desde que, como se ha visto, el contrato desaparece una vez que ha creado (regulado, modificado o extinguido) la relación jurídica patrimonial, que es la que regula las obligaciones que constituyen dicha relación. Consecuentemente, lo que es materia de la modificación posterior a la celebración del contrato es la relación jurídica patrimonial creada por él"[4].

En tal sentido, el artículo 1207 del Código es una excepción a lo dispuesto por el artículo 1413 antes citado. En efecto, como hemos visto la cesión es un contrato modificativo, pues tiene por objeto "modificar" subjetivamente (lado activo) una relación obligatoria preexistente.

Así, por ejemplo, si *Primus* se obliga a transferir la propiedad del inmueble X a *Secundus* en virtud de un contrato de donación, este, de conformidad con el artículo 1625 del Código, debe hacerlo por escritura pública. Si *Secundus* decidiera transferir su crédito, bastará, de acuerdo con el artículo 1207 del Código, que la cesión conste por escrito; por tanto, se modificará la relación obligatoria de donación, sin la forma prescrita para ese contrato.

DOCTRINA

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Civitas, Madrid, 1985; CANO MARTINEZ DE VELASCO. José Ignacio. La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia. Bosch, Barcelona, 1990; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato, parte general. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Distinción entre la donación y la cesión de derechos

{E}l art. 1625 del Código Civil, que regula la donación de bienes inmuebles resulta debidamente aplicado, no así, los arts. 1207 y 1215 del mismo Código, toda vez que los mismos si bien aluden a la cesión de derechos, debe tenerse presente que se encuentran ubicados dentro del título transmisión de obligaciones, referido a derechos crediticios, supuesto totalmente ajeno al tema que nos ocupa (Cas. Nº 331-2003-Lima).

(4) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato parte general.* Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XI, Primera Parte, Tomo III. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1993, p. 478.

Cesión de derechos en controversia

Artículo 1208.- ***Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa.***

Concordancias:
C.C. art. 1409 inc. 2)

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

El artículo 1208 se refiere a la transferencia de créditos litigiosos y guarda relación con el artículo 1409 del Código Civil, que establece que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes sujetos a litigio.

Si bien no se establece de manera expresa, el cedente tiene el deber de informar al cesionario, antes de celebrar el título, acerca del carácter litigioso del crédito (deber precontractual de información), de tal manera que el cesionario pueda tomar la decisión de celebrar el contrato y de los términos del mismo.

Si el cesionario es informado de la controversia, siendo esta judicial, se producirá una sucesión procesal conforme al artículo 108 del Código Procesal Civil. Así, el cesionario sucede en el proceso al cedente. De haber oposición, el cedente se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor.

¿Qué ocurre si el cedente no informa al cesionario del carácter litigioso del crédito? No existe una norma específica[1], pero se trataría de una especie de vicio oculto. Consideramos que en este caso el cesionario debería gozar de la "acción redhibitoria" (artículo 1511) y, en tal sentido, podría pedir la resolución del título o gozar de la "acción estimatoria" (artículo 1513) y pedir que se le pague lo que el crédito vale de menos en razón del riesgo existente.

Otra duda que se genera es si el litigante goza del derecho de retracto[2]. En efecto, conforme al artículo 1599 tiene derecho de retracto el litigante, en caso de venta al contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente. Esta posibilidad está expresamente reconocida en el artículo 1535 del Código Civil español[3] que establece: "Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubieren ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho"[4].

Somos de la opinión que, en tal sentido, el deudor cedido tendrá derecho a sustituirse al comprador (cesionario). El retrayente (deudor cedido) pagará al comprador el precio que pagó por el crédito (recuérdese que el precio pagado no coincide con el valor nominal del

(1) El mismo problema se presenta con la transferencia de un bien litigioso sin que el adquirente conozca tal condición. Las obligaciones de saneamiento de vicios ocultos se aplican en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien (artículo 1484) dejando de lado aquellos contratos que tienen por objeto la transferencia de derechos distintos a la propiedad, como por ejemplo los créditos.

(2) Cuando el título es un contrato de compraventa (artículo 1592) o cuando se trata de una dación en pago (artículo 1593).

(3) De acuerdo con Navarro Pérez, algunos autores españoles niegan el carácter de retracto de la institución del artículo 1535 del Código Civil español, por las consecuencias extintivas del crédito que el ejercicio de la facultad del deudor conlleva (NAVARRO PÉREZ, José Luis. *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*. Comares, Granada, 1988, p. 257).

(4) El artículo 1536 del Código Civil español establece las excepciones.

crédito). Se producirá entonces la consolidación y, por tanto, la extinción de la relación obligatoria (artículo 1300).

¿Cuándo es litigioso un crédito? El artículo 1535 del Código Civil español señala que un crédito es litigioso desde que se conteste a la demanda relativa al mismo o, precisamos nosotros, desde que debió hacerse. De acuerdo con Navarro Pérez, el crédito se considerará litigioso mientras el proceso no esté terminado[5].

En relación con este artículo, véanse también los comentarios al artículo 1210 del Código Civil en esta misma obra.

DOCTRINA

LLAMBÍAS, Jorge. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1994; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo III. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003; NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Comares, Granada, 1988.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La cesión de derechos y el derecho de propiedad

(L)a magistrada incorpora un dato relevante. Establece que la cesión del derecho de pesca se habría producido en el marco del artículo 1208 del Código Civil y que estaría además amparado en el artículo 70 de la Constitución. Como se observa, en ambos casos se trata de normas posteriores a la celebración del contrato, pero además inaplicables en razón de la materia. La norma del Código Civil es una norma genérica referida a la cesión de derechos "que sean materia de controversia", y en el caso del artículo constitucional se trata de una garantía del derecho de propiedad, que no era el caso (STC Exp. N° 00654-2007-AA/TC, f. j. 27).

CORTE SUPREMA

Cesión de derechos en controversia judicial

El derecho a exigir determinada prestación significa que no necesariamente debe referirse a créditos reconocidos o consagrados, pues lo que se cede no es un crédito, sino el derecho a exigir, de tal manera que también se pueden ceder derechos que sean materia de controversia judicial (Cas. N° 74-1999-Callao).

Forma de cesión de crédito judicializado

La cesión de derechos dentro de un proceso civil, se produce por escrito presentado ante el juez con firma legalizada y el juez lo admite, por resolución que es notificada por nota (Cas. N° 1427-1997-Cono Norte).

(5) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 258. El autor español señala que el crédito es litigioso mientras no esté terminado mediante sentencia firme, nosotros creemos que mientras no esté terminado mediante cualquier medio de culminación del proceso (artículo 474 del Código Procesal Civil).

Cesión del derecho a participar en patrimonio hereditario

Artículo 1209.- ***También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero.***

Concordancias:
C.C. art. 1405

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. La titularidad sobre el patrimonio hereditario

1.1. El patrimonio

Como bien advierte José Luis de los Mozos: "La noción de patrimonio es el resultado, en cuanto concepto jurídico general, de objetivar o sustantivar una serie de referencias adjetivas o de términos de valoración que encontramos dispersos en la normativa legal y que cobran los más diversos significados, conforme a su diversa trascendencia o función, afectando tanto al aspecto estático como al dinámico de las relaciones jurídicas. Es por ello que se hace muy difícil ofrecer un concepto general que sea válido y aplicable a todas aquellas situaciones, capaz de comprender las diversas perspectivas con que el ordenamiento jurídico las toma en consideración (...)"(1).

El patrimonio guarda relación con una pluralidad, por lo tanto, entendemos por patrimonio el conjunto de titularidades de situaciones jurídicas subjetivas de contenido económico, activas y pasivas, que corresponden a un sujeto de derecho ("patrimonio personal"). El activo bruto se encuentra afectado al pago de las deudas del titular.

Para un importante sector doctrinario el patrimonio constituye una *universitas iuris*(2); es decir, una unidad abstracta y objetiva, independiente y distinta de cada una de las titularidades que lo componen.

Los que adoptan esta concepción unitaria del patrimonio, consideran a este como objeto de una situación jurídica subjetiva; de tal manera que existe la titularidad de una situación jurídica subjetiva sobre el patrimonio. Esto explica que para algunos autores, el sujeto es "propietario" de su patrimonio.

Para otro sector, el patrimonio es un conjunto de titularidades autónomas que corresponden a un mismo titular. En tal sentido, De los Mozos señala: "Es cierto que el patrimonio constituye un conjunto coherente de bienes, pero este conjunto se identifica, sobre todo, no por la individualidad de los objetos que lo componen, sino por su atribución a una persona o grupo, a cuyas responsabilidades se halla sujeto y de los que recibe su existencia como tal (...)"(3).

Pero, como señala Biondi: "Sobre el patrimonio el sujeto no tiene un derecho único y por tanto impropiamente se habla de propiedad y de propietario; se tienen, ante todo, tantos derechos cuantas sean las entidades comprendidas en el patrimonio"(4).

(1) DE LOS MOZOS, José Luis. "Aproximación a una teoría general del patrimonio". En: *Revista de Derecho Privado*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, julio-agosto, 1991, p. 587.
(2) Ver en relación a las teorías sobre el patrimonio DE LOS MOZOS, José Luis. Ob. cit., pp. 590 y ss.
(3) Ibídem, p. 599.
(4) BIONDI, Biondo; citado por BUSTAMANTE SALAZAR, Luis. *El patrimonio. Dogmática jurídica*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 82.

De la misma opinión es De los Mozos cuando dice: "(...) no hay que olvidar que el patrimonio, por no ser objeto de Derecho subjetivo, no es objeto de tráfico jurídico, considerado en su conjunto, es decir, como tal (...)"[5].

Nosotros consideramos que el patrimonio es una unidad abstracta (unidad basada en la unidad del titular) compuesta por las titularidades de un sujeto de derecho y cuya principal función es: "Servir de garantía para los acreedores"[6]. No obstante, debemos recalcar con Thur que si bien esta unidad representa "el total de los derechos que competen a una persona, no es a su vez objeto de derecho"[7].

En tal sentido, al transferirse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, se transfiere, en conjunto, todas y cada una de las situaciones jurídicas subjetivas que componen el patrimonio hereditario.

1.2. El patrimonio hereditario

El patrimonio hereditario sería un subconjunto del patrimonio personal, ya que está compuesto solo por aquellas titularidades que son transmisibles *mortis causa*. De tal manera, que se excluyen, por ejemplo, las situaciones jurídicas subjetivas deudoras *intuitu personae*.

Ahora bien, para los que adoptan la concepción unitaria del patrimonio, la sucesión *mortis causa* implica la transferencia de la "titularidad de la propiedad o de algún derecho real –*sui generis*– sobre el patrimonio".

En tal sentido, Silva Segura señala: "Podríamos definir la cesión **del derecho real de herencia** como la transferencia o enajenación que hace el heredero de su derecho a suceder en el patrimonio del causante o en una parte alícuota de él, a otro heredero o a un tercero"[8].

Para la posición autónoma, la cual compartimos, la transferencia opera en relación a cada una de las titularidades de las situaciones jurídicas subjetivas que conforman el patrimonio hereditario.

Como señalan Díez-Picazo y Gullón: "La herencia se ha concebido tradicionalmente como una *universitas*, una unidad abstracta que comprende cosas, derechos y obligaciones. Pero esa unidad abstracta, que no es sino un modo intelectual de comprender y representar unitariamente la heterogeneidad de sus elementos, no es objeto de ningún derecho especial que tuviese por titular al heredero. La unificación conceptual se produce para someter aquel contenido dispar a un mismo régimen jurídico específico, no para crear un objeto sobre el que pudiera recaer el hipotético derecho del heredero"[9].

1.3. La transmisión del patrimonio hereditario en el Código Civil peruano

Hemos visto que de acuerdo con la concepción unitaria, se hablaría de una transmisión de la titularidad sobre el patrimonio hereditario. En cambio, según la concepción autónoma,

(5) DE LOS MOZOS, José Luis. Ob. cit., p. 597.
(6) CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español, común y foral*. Reus, Madrid, 1943, p. 586. Resultan interesantes en este mismo sentido las palabras de ESPÍN CANOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. Volumen I. 8ª edición. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, p. 212.
(7) VON THUR, Andreas. *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil*. Volumen I.1. Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 403. En el mismo sentido, DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Editorial Civitas, Madrid, 1984, p. 583.
(8) SILVA SEGURA, Enrique. Ob. cit., p. 188.
(9) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, p. 564.

la transferencia se produce respecto a todas y cada una de las titularidades de las situaciones jurídicas subjetivas que conforman el patrimonio hereditario.

Resulta oportuno determinar la posición adoptada en nuestro Código Civil. Asimismo, resulta clave establecer en qué momento se produce la transferencia.

El artículo 660 del Código Civil señala lo siguiente:

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

Cabe advertir que el legislador opta por la concepción autónoma del patrimonio, en el sentido de que son las titularidades sobre las situaciones jurídicas subjetivas que lo constituyen las que se transmiten y no la titularidad de una singular situación jurídica subjetiva sobre el patrimonio entendido como *universitas*.

Este mismo artículo parece determinar que la transferencia operaría desde la muerte del titular (transmisión *mortis causa)*. Sin embargo, más adelante, surge la duda cuando el artículo 672 del Código exige la necesidad de la aceptación del heredero. Entonces cabe preguntarse ¿se produjo, en realidad, la sucesión en las titularidades al momento de la muerte?

Si la respuesta fuese negativa, significaría que desde el momento de la muerte aparece un derecho "al patrimonio hereditario"; es decir, que desde la muerte hay un derecho a sustituirse en las titularidades que constituyen el patrimonio hereditario, pero aún no se produce propiamente la sustitución. Solo desde la aceptación, que se retrotrae al momento de la apertura de la sucesión (artículo 677 del Código), se producirá realmente la sustitución.

Utilizando una antigua distinción se diría, entonces, que desde la muerte del titular los herederos tienen un *ius ad rem* pero que solo desde su aceptación se tiene un *ius in rem*.

Sin embargo, esta solución parecería un tanto absurda por cuanto desde el momento de la muerte hasta la aceptación habría situaciones jurídicas subjetivas que carecen de titular. Hecho que podría durar un plazo de tres meses (artículo 673 del Código Civil).

Asimismo, si no operó la transmisión ¿de qué renuncia de la herencia puede hablarse?[10] Solo se puede renunciar a un derecho del que se es titular.

Lohmann Luca de Tena, al respecto, distingue entre "adquisición de la herencia" y "transmisión de la herencia"; así, el autor nacional señala: "La transmisión de la herencia se produce con la apertura de la sucesión en el momento de la muerte. Obviamente, al desaparecer el titular, ha de haber un continuador de sus relaciones jurídicas, alguien a quien estas le sean transmitidas. Pero transmisión jurídica no es sinónimo de acto de adquisición, el que solamente habrá de producirse con la aceptación y en tal momento con efecto retroactivo desde la fecha de apertura de la sucesión"[11].

No obstante, cabe recordar con Díez-Picazo y Gullón que: "Todo tráfico económico presupone siempre unas situaciones previas o puntos de partida y unos resultados finales o

(10) Ver artículo 674 del Código Civil.

(11) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XVII, Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, p. 54.

puntos de llegada"[12]. En tal sentido, la posición de Lohmann admite el "punto de partida" pero olvida el "punto de llegada".

Resulta más coherente pensar que la transmisión opera desde el momento de la muerte y que el heredero puede renunciar a las titularidades en las que ha sucedido a su causante. La susceptibilidad de renuncia se justifica en la medida en que cualquier transferencia requiere el consentimiento del adquirente, por lo que se le debe dar al heredero la oportunidad de no aceptar la adquisición de la titularidad.

1.4. ¿Es el patrimonio hereditario un patrimonio autónomo?

Otra cuestión que debe resolverse es si en el ordenamiento jurídico peruano, el patrimonio hereditario constituye un patrimonio autónomo o separado.

Como bien señala Luis Bustamante Salazar: "Es un hecho del orden legal que fuera o aparte del patrimonio personal pueden existir núcleos patrimoniales independientes, con propio régimen jurídico y extraños e inaccesibles a las fluctuaciones de este"[13]. Estos núcleos patrimoniales independientes del patrimonio personal, son llamados "patrimonios separados" o "patrimonios autónomos".

El patrimonio separado es un patrimonio formado para un fin específico; frecuentemente: "la separación tiene como fin reservar el patrimonio separado primordialmente o de modo exclusivo para satisfacer a los acreedores o a un determinado grupo de acreedores del titular y realizar la satisfacción de los mismos"[14].

El artículo 57 del Código Procesal Civil establece:

> "Artículo 57.- Capacidad para ser parte material en un proceso.- Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y **otras formas de patrimonio autónomo**, pueden ser parte material en un proceso" (el resaltado es nuestro).

Resulta claro que el Código Procesal Civil considera a la sucesión indivisa como un patrimonio autónomo o separado.

El primer párrafo del artículo 65 del Código Procesal Civil define al patrimonio autónomo de la siguiente manera[15]:

> "Artículo 65.- Representación procesal del patrimonio autónomo.- Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica.
>
> La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación

(12) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., Vol. III, p. 33.
(13) BUSTAMANTE SALAZAR, Luis. Ob. cit., p. 87. En el mismo sentido LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General.* Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 414.
(14) LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 414. En el mismo sentido ver BUSTAMANTE SALAZAR, Luis. Ob. cit., p. 8.
(15) Modificado por el Decreto Legislativo N° 861.

recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso, el artículo 93.

Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto en el artículo 435 (...)".

Debe advertirse que el Código Procesal utiliza una definición demasiado amplia de patrimonio autónomo en la medida en que alcanza, por ejemplo, la copropiedad, situación que no constituye un patrimonio autónomo. Lo que en realidad comprende el Código Procesal Civil dentro de la denominación "patrimonio autónomo" son supuestos de cotitularidad.

El artículo 65 del Código Procesal Civil, conforme a la modificación que efectuó el Decreto Legislativo Nº 861, corregía el exceso cuando señalaba: "Un patrimonio es autónomo cuando una o más personas ejercen sobre él una titularidad limitada por encontrarse afecto a un fin específico señalado por el acto constitutivo o la ley". No obstante, mediante la Ley Nº 26827 se restituyó el texto original del referido artículo, el cual está actualmente vigente.

En tal sentido, el artículo 871 del Código Civil resulta concordante con lo que señalaba el Código Procesal Civil en su artículo 65, en los términos modificados por el Decreto Legislativo Nº 861, cuando establece lo siguiente:

"Artículo 871.- Mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria".

De acuerdo con el artículo transcrito, el patrimonio hereditario pasaría por dos momentos:

1) Mientras la herencia permanece indivisa; y,

2) Una vez producida la partición.

En efecto, mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante "gravita sobre la masa hereditaria", y una vez hecha la partición "cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria".

Esto podría hacernos pensar, al leer aisladamente el artículo 871 del Código, que mientras la herencia permanece indivisa, esta constituye un patrimonio separado.

En tal sentido, el patrimonio hereditario estaría "separado" del patrimonio del heredero para hacer frente a los acreedores del causante, manteniéndose al patrimonio del heredero fuera del alcance de aquellos. Esto significaría que el heredero adquiriría las deudas de su causante, con lo que pasa a ser deudor, pero respondería, no con su patrimonio personal sino con el patrimonio separado.

No obstante, resulta oportuno tener en cuenta adicionalmente el artículo 661 del Código, el cual establece:

"Artículo 661.- El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia solo hasta donde alcancen los bienes de esta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial".

Según Lanatta Guilhem, el artículo transcrito consagra el sistema de la responsabilidad *intra vires hereditatis*[16], de acuerdo con el cual la responsabilidad del heredero está limitada "al valor" de los bienes que este deja[17].

No obstante, compartimos la posición de Lohmann para quien: "(...) lo que ha querido decir el primer párrafo del artículo 661 es que *solo* habrá responsabilidad limitada si el heredero hizo inventario, o si no habiéndolo hecho logra probar la situación deficitaria de la herencia"[18].

Esto significa, entonces, que la regla es que el heredero responde ilimitadamente de las obligaciones del causante, lo que supone una confusión entre el patrimonio personal de los herederos y el patrimonio hereditario, al consagrar el principio *ultra vires hereditatis*. No obstante, los herederos podrán limitar su responsabilidad hasta donde alcancen los bienes de la herencia[19] si se hace inventario judicial[20].

La formación del inventario judicial[21] supone la descripción de todas y cada una de las titularidades que conforman el patrimonio hereditario (tanto de situaciones activas como pasivas), de tal manera que pueda determinarse cuáles son las titularidades que son transmitidas. En otras palabras, lo que se busca es evitar la confusión del patrimonio personal con el patrimonio hereditario.

Otra cuestión que debe tenerse en cuenta como enseña Lledó, es que: "**responder con** (el resaltado es nuestro) los bienes hereditarios querrá decir que son estos mismos bienes los destinados a satisfacer a los acreedores del muerto. **Responder hasta** (el resaltado es nuestro) el importe de los bienes hereditarios significará que el heredero responde personalmente y con sus propios bienes de las deudas del muerto, pero solo hasta una cifra equivalente al valor del activo hereditario. En el primer caso hay un deslinde objetivo y cualitativo; en el segundo, un tope cuantitativo. En el primer caso importará que en el inventario no haya omisiones; en el segundo, tanto como el elenco sea completo, importará que la valorización sea correcta"[22].

Resulta evidente que de conformidad con el artículo 661 del Código y en el caso de adoptarse la responsabilidad limitada, los acreedores del causante solo podrán dirigirse contra los bienes que conforman el patrimonio hereditario, pero no contra los bienes del patrimonio personal de los herederos.

No cabe duda que la facción de inventario implica una separación de patrimonios, en tal sentido Lohmann señala: "Este beneficio consiste en aquel privilegio legal por virtud del cual el llamado a la sucesión, separa e independiza del suyo el patrimonio relicto resultante del inventario (separación transitoria, por cierto, hasta que se liquide la herencia)"[23].

(16) LANATTA GUILHEM, Rómulo. *Texto, Exposición de Motivos y comentarios del Libro de Sucesiones del Código Civil.* Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil. Editorial Desarrollo, Lima, 1981, p. 12.

(17) LANATTA GUILHEM, Rómulo. *Derecho de Sucesiones.* Tomo I. 3ª edición. Editorial Desarrollo, Lima, 1983, p. 186. No obstante que el autor habla de "valor", debe advertirse que el texto del artículo 661 postula una responsabilidad no sobre el valor sino sobre los bienes.

(18) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Ob. cit., p. 91.

(19) Salvo los supuestos establecidos en el artículo 662 del Código Civil.

(20) Creemos que el supuesto de la prueba del exceso supone necesariamente la facción de inventario, por lo que en puridad no lo consideramos un supuesto diferente.

(21) Ver artículo 763 y siguientes del Código Procesal Civil.

(22) LLEDO YAGUE, F. citado por LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Ob. cit., p. 101.

(23) Ibídem, p. 109.

En este mismo sentido Díez-Picazo y Gullón definen el beneficio de inventario: "(...) como un poder o facultad que el ordenamiento jurídico atribuye al heredero para autolimitar su responsabilidad como tal a los bienes de la herencia (responsabilidad *intra vires),* lo que hace que se configure de una forma especial: queda como un patrimonio en liquidación de sus cargas y deudas, separado del propio heredero, al que pasará lo que reste de la liquidación"[24].

En tal supuesto, entonces, parece correcto señalar que el ordenamiento jurídico peruano considera a la sucesión indivisa con inventario judicial como un supuesto de patrimonio separado o autónomo[25].

El segundo momento se produce con la partición. De acuerdo con la segunda parte del artículo 871 del Código, desde la partición "cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria".

A partir de este momento cesaría la separación (en caso de haber habido inventario), y el patrimonio personal y el patrimonio hereditario se confundirían, de tal manera que los herederos responderán con sus bienes propios incluso los precedentes a la herencia, hasta por el valor que corresponda a su cuota hereditaria.

1.5. La comunidad hereditaria

La comunidad hereditaria es la consecuencia del llamamiento de una pluralidad de sujetos de derecho como sucesores a título universal del patrimonio hereditario.

Como advierten Díez-Picazo y Gullón: "La polémica versa fundamentalmente sobre si lo que está en comunidad es una unidad global y, en este caso, si se traduce esta comunidad sobre cada uno de los concretos bienes hereditarios o si, en cambio, más que haber una única comunidad, el sistema se atomiza en una pluridad de comunidades sobre cada uno de los concretos bienes hereditarios, tantas como bienes y derechos compongan la herencia. La polémica ha versado también en torno a si el modelo de comunidad al que hay que tratar de ajustar la hereditaria, es la llamada comunidad romana (comunidad por cuotas partes), o es en cambio la comunidad germánica (comunidad en mano común, sin cuotas)"[26].

Al respecto, nuestro Código en el artículo 844 establece lo siguiente:

> "Artículo 844.- Si hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar".

La norma nos señala que, en la etapa de indivisión, cuando hay varios herederos, estamos ante un supuesto de cotitularidad respecto a las situaciones jurídicas subjetivas que componen el patrimonio hereditario.

Esto es confirmado por el artículo 845 del Código que señala:

> "Artículo 845.- El estado de indivisión hereditaria se rige por las disposiciones relativas a la copropiedad, en lo que no estuviera previsto en este capítulo".

(24) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., Vol. IV, p. 540.

(25) Como bien advierten Díez-Picazo y Gullón: "La consecuencia inmediata del expediente técnico de separación de patrimonios es que pueden producirse relaciones jurídicas entre el patrimonio propio del heredero y el hereditario" (Ibídem, p. 544). En tal sentido, ver el artículo 1.023 del Código Civil español.

(26) Ídem.

Como se señala claramente del artículo 969 del Código Civil: "Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas". En tal sentido, el coheredero será titular, por ejemplo, por su cuota de un inmueble que haya en el patrimonio hereditario como un copropietario.

Como ya dijimos, el patrimonio hereditario es considerado como una unidad abstracta, pero entendida como un modo intelectual de representar unitariamente la heterogeneidad de sus elementos. Las cuotas, por tanto, se proyectan sobre esta unidad.

Se trata de un "patrimonio colectivo de varios titulares". Como bien explica Larenz, refiriéndose al patrimonio colectivo de varios titulares, "puede también originarse un patrimonio especial al corresponder un patrimonio colectivamente a varias personas. En este caso, dicho patrimonio está separado del patrimonio de cada una de ellas en particular (...)"[27].

No obstante, por las normas anteriormente analizadas se trata de una comunidad romana y no de una comunidad germana.

2. La transferencia del derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado

El heredero puede disponer:

1) De la titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas concretas que componen el patrimonio hereditario;

2) De la cuota que en el mismo le corresponde por haber sido llamado con otros sujetos de derecho (caso de comunidad hereditaria); o,

3) Del patrimonio hereditario como un todo, sin enumerar las situaciones jurídicas subjetivas de que se compone.

Respecto a la transferencia de las situaciones jurídicas subjetivas concretas que componen el patrimonio hereditario nos remitimos a lo visto anteriormente. Aquí analizaremos los supuestos descritos en los ítems 2) y 3).

De conformidad con el artículo 1209 del Código Civil:

> "Artículo 1209.- También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero".

Esta disposición debe distinguirse de la contenida en el artículo 1405 del mismo Código que establece: "Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora".

¿A qué se refiere el artículo 1209 del Código cuando habla de "derecho a participar en un patrimonio hereditario **ya causado**"?

"Ya causado" significa que la apertura de la sucesión ya se produjo (artículo 660 del Código). La transferencia del "derecho a participar de un patrimonio hereditario ya causado" supone que el heredero decide transferir "en conjunto" todas las titularidades de las situaciones

(27) LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 417.

jurídicas subjetivas que le corresponden en el patrimonio hereditario, sin especificar las titularidades de las que se compone.

Gomes, al respecto, señala: "La cesión de la herencia tiene como objeto el *nomen hereditarium,* esto es, un patrimonio sin especificación de los bienes y de las deudas"(28).

La titularidad del patrimonio hereditario puede transferirse antes de la renuncia y supone que la sucesión se encuentre indivisa.

La transferencia de la "cuota hereditaria" se puede producir cuando existe una comunidad hereditaria. No obstante, debe tenerse presente que no debe confundirse: "(...) la cesión o enajenación del derecho de herencia con la enajenación de la cuota parte en el condominio que tiene por objeto los bienes que eran de propiedad del causante y que los herederos adquieren en común por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte. El derecho de la herencia recae sobre una universalidad jurídica o una parte de ella (...)"(29).

2.1. El título de la cesión: la venta del patrimonio hereditario

La transferencia del "derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado", de acuerdo con el artículo 1206 del Código Civil requiere de un título.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1542 y siguientes del Código Civil italiano, es posible vender, donar o ceder el derecho a participar en un patrimonio ya causado, y se establece una forma *ad solemnitatem.*

Orlando Gómes al respecto señala: "A cessâo corresponde, respectivamente, à compra e venda e à doaçâo, que tomam essa denominaçâo quando se referem a direitos ou a situaçôes jurídicas" y más adelante añade "A cessâo sujeita-se às normas reguladoras do negócio jurídico a que corresponde, enquadrando-se, pois, no esquema legal dos contratos, como a doaçâo e a compra e venda, que sâo, tipicamente, negocios translativos"(30).

Carpino con relación a la venta de la herencia en Italia ha dicho: "El instituto tiene escasas aplicaciones prácticas y aún más escasa es la elaboración jurisprudencial"(31).

Lanatta Guilhem dice: "La cesión de herencia puede ser a título oneroso, que es el caso más frecuente y en que recibe el nombre de compraventa de herencia, y a título gratuito, en cuyo caso se rige por las disposiciones referentes a la donación"(32).

Nuestro Código no tiene una regulación expresa al respecto, pero nada impide que pueda realizarse una venta o donación o cualquier otro contrato con función translativa.

¿Procede el retracto en la cesión del patrimonio hereditario?

Como lo dispone el artículo 1206 del Código Civil, la cesión es el modo y requiere de un título. Supongamos que dicho título es una compraventa.

(28) GOMES, Orlando. *Sucessôes.* 6ª ediçâo. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1992, pp. 273-274.
(29) SILVA SEGURA, Enrique. Ob. cit., p. 189.
(30) GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 273.
(31) CARPINO, Brunetto. "La vendita di eredità". En: *Trattato di Diritto Privato.* Diretto da Pietro Rescigno. Volume 2, tomo terzo. Utet, Torino, 1988, p. 351, nota (1).
(32) LANATTA, Rómulo. Ob. cit., tomo III, p. 134.

Como hemos dicho, la cesión del patrimonio hereditario implica la transferencia de la titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas que conforman dicho patrimonio.

Si hay varios herederos, de acuerdo con el artículo 844 del Código Civil: "cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar".

Siguiendo con nuestro ejemplo. Si dentro del patrimonio hereditario que se vende se encuentra la titularidad de la propiedad sobre el inmueble X[33] y existen varios herederos, ¿podría alguno o algunos de los herederos ejercer el derecho de retracto[34] de conformidad con el artículo 1599 numeral 2)[35]?

Creemos que la respuesta es afirmativa. Esto supone, entonces, un derecho de preferencia de los herederos, "copropietarios de los bienes de la herencia", en la venta de las porciones indivisas.

Evidentemente, al otorgar al copropietario el derecho de retraer, lo que el legislador busca es consolidar la propiedad en una sola mano, en la medida en que, como señala Beatriz Areán, "el condominio no beneficia la circulación de los bienes ni propende a su mejoramiento"[36]. La copropiedad es pues una situación transitoria, por lo que se favorece su disolución.

Sin embargo, se ha sostenido que el retracto es "un mecanismo que limita o controla la libre transferencia de los bienes"[37], esto en la medida en que genera una distorsión en el valor de los inmuebles, por la incertidumbre que genera al adquirente.

En efecto, en la medida en que el adquirente no tiene la seguridad de que el inmueble puede ser retraído, "su adquisición queda sujeta al azar, introduciéndose un elemento de irracionalidad en la decisión del agente económico"[38].

Esta situación convierte a la cesión de un patrimonio hereditario ya causado en una figura poco atractiva.

2.2. La cesión como modo

Tratándose de la cesión del derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, hemos dicho que comprende también situaciones subjetivas deudoras (asunción de deudas)

(33) "Artículo 1594.- El derecho de retracto procede respecto de los bienes muebles inscritos y de inmuebles".

(34) Respecto a la naturaleza jurídica del retracto, ver BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Algunas consideraciones sobre el derecho de retracto en el Código Civil peruano de 1984". En: *El Jurista. Revista Peruana de Derecho*. Año 2. N° 6, pp. 99-105.

(35) "Artículo 1599.- Tienen derecho de retracto: (...) El copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas".

(36) AREÁN, Beatriz. *Condominio*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 340. Luego señala: "La necesidad de la unanimidad para las deliberaciones, el escaso margen dejado a la mayoría para adoptar una determinación; el *ius prohibendi* ejercitable por cualesquiera de los condóminos frente a los actos materiales o jurídicos sobre la cosa común; en fin, la exigencia del consentimiento de todos para concretar actos de enajenación o gravamen respecto de la misma, generan un verdadero estancamiento de la riqueza; los bienes se desmejoran al ser postergada su adecuada explotación por la primacía que suelen alcanzar las desavenencias entre los condóminos" (Ibídem, p. 341).

(37) CANTUARIAS, Fernando. "Retracto: réquiem de un derecho 'económico y social'". En: *Thémis, Revista de Derecho*. Segunda Época, N° 24, 1992, p. 65, cita 20.

(38) BULLARD GONZALES, Alfredo. *La relación jurídico-patrimonial. Reales vs. obligaciones*. Ara Editores, Lima, 1990, p. 318.

y "posiciones subjetivas" (cesión de posición contractual)[39], esto supone entonces la necesidad de la intervención del acreedor cedido.

El Código Civil italiano soluciona el problema en su artículo 1546:

> "Artículo 1546.- Responsabilidad por deudas hereditarias.- El comprador, si no hay pacto en contrario, está obligado solidariamente con el vendedor a pagar las deudas hereditarias".

Dicha norma evidentemente constituye un mecanismo que garantiza a los acreedores, en la medida en que el vendedor no queda liberado de sus obligaciones.

Nuestro Código Civil guarda absoluto silencio al respecto. Lo que deja un vacío en la medida en que de acuerdo con el artículo 1183 del Código, solo la ley o el título de la obligación establecen la solidaridad en forma expresa.

Esto significa que en relación a las situaciones jurídicas deudoras, el cedente frente al acreedor mantiene su situación (es decir, frente al acreedor el cedente es deudor). Pero el cedente podrá reclamar el reembolso de lo pagado en la medida en que en la cesión del patrimonio hereditario (en su relación con el cesionario) él dejó de ser deudor.

2.3. La garantía de la condición de heredero

El artículo 1461 del Código Civil peruano de 1936 señalaba lo siguiente:

> "Artículo 1461.- El que cede un derecho hereditario, sin especificar en lo que consiste, solo está obligado a sanear su calidad de heredero".

Lanatta Guilhem comenta este artículo diciendo: "Este artículo permite distinguir dos casos. El primero consiste en ceder la herencia o los derechos hereditarios sin especificar cuáles son los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia, o la participación hereditaria que se transfiere. En este caso se trata de un contrato aleatorio en que no se requiere que haya equivalencia entre el precio y el valor de los derechos que corresponden al cedente de la herencia. Por consiguiente este está obligado a sanear solo su calidad de heredero (...)"[40].

En el mismo sentido, el artículo 1542 del Código Civil italiano señala:

> "Artículo 1542.- Garantía.- Quien vende una herencia sin especificar los objetos no está obligado a garantizar sino la propia calidad de heredero".

¿En qué consiste la garantía de la calidad de heredero? Pues que el cedente asume el riesgo en la hipótesis que no sea considerado heredero, en cuyo caso el cedente responderá frente al cesionario si no es heredero, o si lo es por una porción menor que aquella que había señalado, si aún no se ha producido la apertura de la sucesión[41]. Pero como señala León Barandiarán: "No está, por lo tanto, obligado el cedente al saneamiento de ninguno de los objetos

(39) Resulta sencillo explicar la expresión "posición subjetiva" por medio de un ejemplo: imaginemos la relación obligatoria de compraventa. Ella está compuesta por dos posiciones jurídicas: la vendedora y la compradora. Cada una de dichas "posiciones" comprende una situación acreedora y una situación deudora.

(40) LANATTA, Rómulo. Ob. cit., Tomo III, p. 134.

(41) En este sentido ver DALLOZ citado por LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil peruano.* Tomo I. Editado por la Comisión Administradora del Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965, p. 212.

de la masa hereditaria que han de venir a corresponder al cesionario, pues no se trata de una enajenación de cosas, sino de una cesión de un derecho *per universitatem*"[42].

El cedente no responderá si, por ejemplo, el cesionario es privado total o parcialmente de la titularidad de la propiedad sobre una cosa que formaba parte del patrimonio hereditario. Lo que sí procedería si en la cesión del patrimonio hereditario se especificaran las titularidades que lo comprenden.

El artículo 1209 del Código señala simplemente: "quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero". Es decir, que no se distingue si la garantía de la calidad de heredero solo funciona en la medida en que no se hubieran especificado las cosas que conforman el patrimonio hereditario.

La norma solo se refiere al caso que el adquirente sea privado total o parcialmente de la propiedad, uso o posesión de una cosa (artículo 1491 del Código Civil), en cuyo caso, el transferente no está obligado al saneamiento (artículo 1495 del Código).

Si fuera de objetos especificados estaríamos como bien indica Castañeda ante: "(...) una venta, permuta o donación, según los casos, sobre bienes específicamente determinados, o sobre la cuota que al cedente le corresponde en dichos bienes"[43], no siendo necesario que responda de la calidad de heredero.

Lanatta Guilhem al respecto indica que cuando se especifican cuáles son las titularidades que son materia de la transferencia: "(...) no hay propiamente cesión de herencia, sino de bienes hereditarios en particular y por ello el cedente está obligado a la evicción y saneamiento de los bienes que transfiere, conforme a las disposiciones generales de la materia"[44].

Gomes estudiando el tema señala: "Si el contrato tiene como objeto la cuota de heredero, un tercio la mitad, o así en adelante, el mismo *universorum jus,* se tiene una cesión de herencia. Si su objeto consiste en la futura transmisión de bienes determinados o determinables, contra el pago de cierto precio, es compraventa de bienes hereditarios. La especificación de los objetos, su enumeración, o interés por su adquisición, y tantas otras señales de identificación revelan que las partes no quieren la transferencia de un patrimonio como el activo y el pasivo; quieren si, la transferencia de bienes hereditarios determinados"[45].

Adviértase que lo que se garantiza es la legitimidad de la situación jurídica subjetiva; es decir, que quien lo transmite es el verdadero titular. Esto es en realidad un problema del título y no del modo.

2.4. La oponibilidad a terceros

Queda claro que con relación a terceros la cesión del patrimonio hereditario no permite otorgar, a las titularidades que se transmiten, la oponibilidad *erga omnes,* por lo que será necesario realizar los actos necesarios para ello.

Debe advertirse en este punto que la cesión del patrimonio hereditario constituye una excepción a la transferencia de la titularidad de la propiedad sobre una cosa no inmatriculable (en la medida en que esté contenida dentro del patrimonio hereditario cedido), por

(42) LEÓN BARANDIARÁN, José. Ob. cit., Tomo I, p. 212.
(43) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Ob. cit., p. 76.
(44) LANATTA, Rómulo. Ob. cit., Tomo III, p. 134.
(45) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 278.

cuanto aquí la transferencia opera *inter partes* con la cesión y será necesaria la tradición para dar el efecto *erga omnes.*

En el caso de la transferencia de la titularidad de la propiedad sobre cosas inmatriculadas (en la medida en que esté contenida dentro del patrimonio hereditario cedido), será por medio de la cesión y no del contrato (artículo 949 del Código) que se produzca la transferencia *inter partes.* Para la oponibilidad *erga omnes* será necesario la inscripción en Registros Públicos.

Esto en la medida en que el Código Civil de 1984 está considerando a la cesión como un modo de transferencia.

2.5. Aprovechamiento del cedente de alguna cosa del patrimonio hereditario

El artículo 1462 del Código Civil peruano de 1936 señalaba lo siguiente:

> "Artículo 1462.- El cedente de un derecho hereditario que hubiese aprovechado de alguna cosa de la herencia, está obligado a pagarla al cesionario, si no se la reservó".

Lanatta Guilhem comentando esta norma decía: "El cedente tiene el derecho de percibir el precio de la cesión y la obligación de permitir que la herencia cedida pase al cesionario a quien pertenece. Por consiguiente, si hubiere aprovechado alguna cosa de dicha herencia está obligado a pagarla al cesionario si no se la reservó en el contrato (...)"[46].

En el mismo sentido, aunque con mayor claridad, el artículo 1544 del Código Civil italiano establece:

> "Artículo 1544.- Obligaciones del vendedor.- Si el vendedor ha percibido los frutos de algún bien o cobrado algún crédito hereditario, o bien ha vendido algún bien de la herencia, debe reembolsar al comprador, salvo pacto contrario".

Como se ha dicho, lo que se transfiere son las titularidades en su conjunto que conforman el patrimonio hereditario, por lo tanto, si el cedente se aprovecha de alguna de las situaciones jurídicas subjetivas que por la cesión ya no le correspondían, deberá pagarla al cesionario. Pero debe advertirse como lo hacía León Barandiarán que: "la cesión de derecho sucesorio no opera con carácter retroactivo, el cesionario no es causa-habiente del *de cujus,* sino solo del cedente; por lo cual él, el cesionario, no puede invalidar los actos singulares de disposición que el cedente haya podido realizar con un tercero en el período entre la apertura de la herencia y la cesión del derecho hereditario, y solo puede reclamar del cedente el valor representado por los bienes que este haya dispuesto después"[47].

2.6. Pago de las deudas

El artículo 1463 del Código Civil peruano de 1936 establecía:

> "Artículo 1463.- El comprador debe satisfacer al vendedor de la herencia las deudas y cargas que en razón de ella hubiese pagado, salvo pacto en contrario".

(46) LANATTA, Rómulo. Ob. cit., p. 135.
(47) LEÓN BARANDIARÁN, José. Ob. cit., tomo I, p. 214.

El Código italiano en su artículo 1545 señala:

> "Artículo 1545.- Obligaciones del comprador.- El comprador debe reembolsar al vendedor en cuanto este ha pagado por deudas y cargas de la herencia y debe corresponderle cuánto le sería debido por la misma herencia, salvo que se haya convenido de manera diferente".

Esta norma se justifica en la medida en que la cesión del patrimonio hereditario implica que el cesionario sucede en todas las titularidades que conforman la herencia, inclusive las deudas[48]. En tal sentido, desde la cesión le corresponde pagar las deudas al cesionario, de tal manera que de hacerlo el cedente, este será reembolsado por el primero.

Resultan, sin embargo, interesantes las palabras de León Barandiarán cuando comentaba el artículo 1463 del Código Civil de 1936: "dentro del sistema de nuestro Código no hay asunción de deudas por el cesionario por causa de la cesión, y esta es *res inter alios* acta frente al acreedor de la herencia, quien, por ende, como se ha dicho antes, puede accionar contra el heredero, es decir, el cedente, no teniendo acción contra el cesionario"[49].

El legislador del Código de 1984 al respecto señala: "Se observa que en el artículo 1209 no se reproducen las reglas de los artículos 1462 y 1463 del Código Civil de 1936, por cuanto la cesión del derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, **debe quedar, en los aspectos previstos por esas normas, librada a la convención entre las partes** (el resaltado es nuestro): tanto en lo relativo al aprovechamiento de alguno de los bienes que conforman el patrimonio sucesorio, como en lo relativo al pago de las deudas o a las cargas"[50].

El legislador se olvida que la gran mayoría de las normas del Libro VI son de carácter supletorio; es decir, que se aplican en el caso que las partes no hayan establecido nada en el título respectivo. Por tanto, si las partes no han acordado nada respecto a los *aspectos previstos por esas normas*, ¿cómo deberá resolverse? Indudablemente el legislador omitió precisarlo.

Asimismo, creemos que la transferencia del patrimonio hereditario debería estar regulada en los contratos con función de transferir titularidades (por ejemplo, el contrato de compraventa), como lo hace el Código Civil italiano.

Resulta claro que la figura de la cesión del patrimonio hereditario es poco atractiva, no solo por la posibilidad del retracto sino porque, en principio, se trata de una "compra" a ciegas o aleatoria, ya que las titularidades contenidas en el patrimonio no siempre se especifican. Es pues una adquisición incierta, lo que significa un riesgo para el adquirente.

2.7. Efectos de la cesión

La cesión del derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado no supone la transmisión de la calidad de heredero, sino que supone la sustitución del cesionario en el lugar del cedente en la titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas que le corresponden por su condición de heredero.

(48) El Código Civil de 1936 también incluía las cargas. Ver al respecto el artículo 869 del Código Civil de 1984 que precisa cuáles son las cargas de la herencia.
(49) LEÓN BARANDIARÁN, José. Ob. cit., Tomo I, p. 215.
(50) OSTERLING PARODI, Felipe. Ob. cit., pp. 367-368.

2.8. Publicidad de la cesión de derechos hereditarios

Resulta claro por lo anteriormente expuesto que la cesión no permite otorgar la oponibilidad *erga omnes* a las titularidades de situaciones jurídicas subjetivas que requieran de dicha característica.

En este sentido Rezzónico considera que: "para que la cesión les sea oponible es indispensable que se haya exteriorizado en forma visible y pública la transferencia (...)"[51].

DOCTRINA

DE LOS MOZOS, José Luis. Aproximación a una teoría general del patrimonio. En: Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1991; BUSTAMANTE SALAZAR, Luis. El patrimonio. Dogmática jurídica. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español, común y foral, Reus, Madrid, 1943; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español, Vol. I, 8ª edición. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982; VON THUR, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil, Vol. I, 1. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Derecho Civil de España. Editorial Civitas, Madrid, 1984; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vols. III y IV. Tecnos, Madrid, 1980; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Derecho de Sucesiones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVII, Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995; LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978; LANATTA GUILHEM, Rómulo. Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Sucesiones del Código Civil. Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil. Editorial Desarrollo, Lima, 1982; LANATTA GUILHEM, Rómulo. Derecho de Sucesiones, Tomo I, 3ª edición. Editorial Desarrollo, Lima, 1983; GOMES, Orlando. Sucessoes, 6ª edicao. Editora Forense, Río de Janeiro, 1992; CARPINO, Brunetto. La vendita di eredità. En: Trattato di Diritto Privato. Diretto da Pietro Rescigno, Vol. 2, tomo terzo. Utet, Torino, 1988; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Algunas consideraciones sobre el derecho de retracto en el Código Civil peruano de 1984. En: El Jurista, Revista Peruana de Derecho, Año 2, N° 6; AREÁN, Beatriz. Condominio. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980; CANTUARIAS, Fernando. Retracto: réquiem de un derecho económico y social. En Thémis, Revista de Derecho, Segunda Epoca, N° 24, Lima, 1992; BULLARD GONZALEZ, Alfredo. La relación jurídico-patrimonial. Reales vs. Obligaciones. Ara Editores, Lima, 1990; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano, Tomo I. Editado por la Comisión Administradora del Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. La cesión de créditos. Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima s/f; OSTERLING PARODI, Felipe. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones), con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios, Parte III, Tomo V, compiladora: REVOREDO, Delia. Okura Editores, Lima, 1985; REZZONICO, Luis María. Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil, 3ª edición. Depalma, Buenos Aires, 1967.

(51) REZZONICO, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*. 3ª edición. Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 702.

Ineficacia de la cesión

Artículo 1210.- *La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor.*

El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión.

Concordancias:
C.C. art. V

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. Los créditos cedibles

En principio puede ser objeto de transferencia cualquier situación jurídica subjetiva crediticia, salvo aquellas que tengan la calidad de "incedibles" por disposición de la ley, por la naturaleza de la obligación o por el pacto con el deudor.

El principio de la libre transferencia de los créditos responde a la exigencia general de la circulación de los bienes. Como bien indica Bianca: "En una economía basada principalmente sobre la producción industrial y sobre los intercambios comerciales, el crédito es un factor primario de impulso económico y los empresarios tienden a dilatar el pago de sus bienes y servicios para ampliar el volumen de los asuntos, adquiriendo por tanto créditos en lugar de pagos contextuales"(1).

En tal sentido, el primer párrafo del artículo 1210 del Código señala: "La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor".

De esta manera, los créditos incedibles pueden distinguirse de la siguiente manera(2):

1) Incedibilidad de créditos por disposición legal;

2) Incedibilidad de créditos por su propia naturaleza; y

3) Incedibilidad de créditos convencional.

En nuestro ordenamiento jurídico podemos citar como ejemplo de incedibilidad legal el caso de los alimentos que, de acuerdo con el artículo 487 del Código, son intransmisibles.

Para Navarro Pérez los alimentos entran en la categoría de los créditos incedibles por su propia naturaleza, ello porque: "El crédito se justifica en su existencia por el vínculo que une al titular con el obligado (de parentesco o afinidad), que transferido a otra persona perdería su razón de ser"(3).

Los créditos incedibles por su propia naturaleza son aquellos que, sin estar legalmente prohibidos de transmitirse, su naturaleza excluye la cedibilidad.

(1) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 3 Il Contratto.* Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 572.
(2) Ver al respecto BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 573.
(3) NAVARRO PÉREZ, José Luis. *La cesión de créditos en el Derecho Civil español.* Comares, Granada, 1988, p. 68.

Osterling Parodi y Castillo Freyre ubican dentro de esta categoría las obligaciones *intuitu personae* y, siguiendo a De Ruggiero, los créditos que surgen de una relación familiar determinada e intransferible[4].

Navarro Pérez distingue a los créditos incedibles por su propia naturaleza en dos subcategorías:

1) Los créditos estrictamente personales; y

2) Los créditos accesorios.

Para el autor español son créditos estrictamente personales: "aquellos que se justifican, por así decirlo, como consecuencia de una especial cualidad de su titular. Surgen a la vida jurídica con la mira puesta en un determinado sujeto, precisamente porque este posee tal cualidad o se encuentra en una situación especial, no concibiéndose la sustitución de su titular en cuanto decaería o dejaría totalmente de subsistir la propia razón de su existencia"[5].

Con respecto a los créditos accesorios, su relación de dependencia con el crédito principal genera la no susceptibilidad de vida autónoma y, por tanto, su incedibilidad.

Navarro Pérez reconoce, sin embargo, dos excepciones[6]:

1) La cesión del grado hipotecario independientemente de la cesión del crédito; y

2) Las llamadas pretensiones de intereses o penas convencionales, derivadas de un crédito, pues se consideran con valor patrimonial propio.

Asimismo, de conformidad con el artículo 1208 del Código, "pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa". La posibilidad de la transferencia de una situación jurídica creditoria que sea materia de controversia judicial, arbitral o administrativa, supone dos posibilidades: que el adquirente conozca de dicha situación o que le sea desconocida.

Si el adquirente desconoce dicha situación, debería gozar de la posibilidad de resolución del contrato. Si conoce la situación, entonces, en principio, el transferente deberá asumir el riesgo en el caso que resulte del proceso judicial, arbitral o administrativo, que el crédito era ajeno[7], salvo pacto en contrario.

De la Puente y Lavalle, comentando el numeral 2 del artículo 1409 del Código, señala: "Desde luego, es requisito indispensable para la contratación sobre bienes gravados o sujetos a litigio que se informe a la contraparte sobre esta situación, pues de otra manera pueden asumirse graves responsabilidades e, inclusive, llegar a incurrirse en el delito de estelionato"[8].

El Código Civil español en el artículo 1.535 señala lo siguiente:

> "Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho.

(4) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, p. 521.

(5) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 68.

(6) Ibídem, p. 72.

(7) En tal sentido resulta interesante, si bien referido a bienes gravados, el artículo 1482 del Código Civil italiano.

(8) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*, Vol. XI, Primera Parte, Tomo III. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 449.

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días contados desde que el cesionario le reclame el pago".

Navarro Pérez, siguiendo a un sector de la doctrina española, atribuye una: "naturaleza esencialmente retractual de la facultad concedida al deudor cedido para adquirir el crédito litigioso objeto de la cesión"(9).

Dentro de esta línea se considera que la facultad otorgada al deudor tiene carácter de retracto, cuya finalidad consiste en permitir la "subrogación" del retrayente en el lugar del cesionario. Sin embargo, debe advertirse que esta facultad solo procede tratándose de una cesión a título oneroso. En tal sentido, el deudor reembolsará al cesionario el precio que pagó por la cesión.

Al producirse la "subrogación" el deudor se convierte en acreedor de su propia deuda, por lo que se extingue mediante la consolidación.

Respecto al "retracto litigioso", resulta interesante tener en cuenta el numeral 3 del artículo 1599 del Código, en virtud del cual, tiene derecho de retracto: "el litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente".

Si tenemos en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico adopta el sistema del título y del modo, y, si además, aceptamos la posibilidad de que el título consista en la compraventa del crédito, nos preguntamos ¿procede el retracto a favor del deudor en caso de venta del crédito litigioso? La respuesta es afirmativa.

Esta situación entonces torna mucho más riesgosa la cesión de un crédito litigioso, por lo que la necesidad de informarlo se acentúa.

2. La cesión del crédito futuro

También puede ser materia de cesión un crédito futuro siempre que sea actualmente determinado o determinable. De acuerdo con Bianca: "La cesión del crédito futuro se perfecciona con el consentimiento del cedente y del cesionario, pero el efecto translativo se determina en el momento en el cual el crédito adquiere existencia en cabeza del cedente"(10).

En la misma línea Bassi señala: "La cesión de créditos futuros viene prevalerte interpretada como cesión con eficacia obligatoria, en la cual la transferencia se actúa solo en el momento en el cual el crédito adquiere existencia "(11).

Así, por ejemplo, el caso del *factoring*, que constituye una operación que importa la cesión global de créditos presentes y futuros propios de la empresa en aras de una financiación u otra contraprestación.

3. Las prohibiciones de disponer y el pacto de *non cedendo*

La capacidad o facultad de disposición puede quedar limitada por una fuente heterónoma (legal, judicial o administrativa) o por una fuente autónoma (convencional o voluntaria).

(9) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 256.
(10) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 589.
(11) BASSI, Amadeo. *Factoring e cessione dei crediti di impresa*. Giuffrè, Milano, 1993, p. 23, nota (20).

En virtud de estas limitaciones puede producirse:

1) Una privación total de la capacidad o facultad de disposición del titular de la situación jurídica subjetiva; o,
2) Una privación parcial de dicha capacidad o facultad.

La privación parcial puede suponer diferentes hipótesis[12]:

a) Se excluyen de la disposición determinados actos jurídicos (por ejemplo, no se puede enajenar, pero sí gravar); o
b) No queda impedida o prohibida la disposición, pero esta se somete a determinados condicionamientos (por ejemplo, se podrá disponer a título oneroso, pero no a título gratuito; se podrá disponer solo en favor de un determinado grupo de personas; se establece que para el caso que la disposición se produzca, unas personas tendrán un derecho preferente en la adquisición.

En nuestro Código Civil encontramos los siguientes artículos que resultan pertinentes:

> "Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita".
>
> "Artículo 926.- Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo".

Mientras que el artículo 882 del Código se refiere a la privación total de la capacidad o facultad de disposición establecida "*contractualmente*", el artículo 926 del Código se refiere a la privación parcial.

El artículo 882 del Código consagra el principio de libertad de tráfico propio de un sistema liberal y pretende evitar que los bienes sean sustraídos del comercio. El hecho de excluir del mercado un bien implica una restricción al principio de la libre transmisibilidad, impidiendo la necesaria circulación de la riqueza.

La doctrina tradicional ha visto con disfavor las prohibiciones de disponer y propugna su exclusión del tráfico jurídico. "Las razones que abonan semejante propuesta son fundamentalmente la de que la inalienabilidad falsea el mercado y socava los fundamentos del crédito, porque arrebata a los acreedores el medio para hacerse pagar; por tanto, son precisas razones graves para que la ley haga inalienable un bien o permita a los particulares hacerlo así"[13].

En el mismo sentido Díez-Picazo explica: "(...) las prohibiciones de disponer significan restricciones y trabas a la libertad de comercio y el tráfico de los bienes, cosa que en nuestro sistema se considera como algo económicamente ventajoso, se considera beneficioso que los bienes en general, y en especial, la tierra, puedan cambiar finalmente de manos"[14].

El legislador, al respecto, justifica el artículo bajo comentario señalando: "De permitirse la prohibición de enajenar, significaría una severa limitación del *jus abutendi,* el principal atributo de la propiedad y conllevaría una desnaturalización de este derecho"[15].

(12) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial.* Volumen II. 2ª edición. Tecnos, Madrid, 1986, p. 712.
(13) CABALLERO LOZANO, José María. *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones.* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 25.
(14) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 714.
(15) MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *De los Derechos Reales. Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos.* Editorial Desarrollo, Lima, 1982, p. 152.

Cabe advertir que en el caso del Código, la exclusión de las prohibiciones de disponer se limita a las establecidas contractualmente, lo que permite deducir que las prohibiciones de disponer establecidas en testamentos no están prohibidas.

Esto parece encontrar explicación en el hecho de que dichas prohibiciones de disponer han: "servido para mantener incólumes los patrimonios familiares, perpetuando la vinculación de bienes a la descendencia de una persona (...)"[16].

Nosotros creemos que es necesario replantear la institución pues hoy día puede emplearse provechosamente en orden a la consecución de otros fines[17], como por ejemplo, cumpliendo una función de garantía, o asegurando el pago de obligaciones.

Se ha sostenido últimamente que el artículo 882 del Código es una norma intervencionista. Así, al respecto, se ha dicho: "(...) la norma que dice que no se puede establecer contractualmente la prohibición de vender. Cuando ahora el Perú entra dentro de fenómeno de globalización de la economía, el pacto por el cual un grupo de accionistas se obligan a no vender sus acciones es un pacto necesario y útil para permitir justamente el desarrollo de grandes inversiones. El Código Civil crea una barrera que los abogados tenemos que sortear con figuras análogas, cuando en otros países se permiten esos pactos, con tal de que tengan un plazo determinado máximo"[18].

La admisión de las cláusulas de indisponibilidad supone básicamente dos requisitos:

1) Duración temporal; por tanto, no es posible establecer una prohibición perpetua de disponer; y

2) Justificación causal y el interés legítimo.

Para que dicha prohibición pueda ser opuesta a terceros; es decir, para que la adquisición del tercero se frustre, sería necesario que dicha transferencia fuera conocida por aquel. Así, por ejemplo, en el caso de cosas inmatriculadas, la prohibición de disponer deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Admitir las cláusulas de prohibición de disponer supone adecuar su función a las necesidades actuales. En tal sentido, las prohibiciones de disponer cumplirían una función de garantía. Veamos un ejemplo. En el proceso de privatización se selecciona al inversionista que adquirirá un importante proyecto minero. Esa selección se debe a las calidades del inversionista. En otras palabras, se elige al inversionista por sus calidades "personales", las cuales aseguran una eficiente exploración y explotación del proyecto. En tal sentido, sería conveniente que el inversionista seleccionado no se desprenda del yacimiento hasta que haya cumplido con ciertas obligaciones.

(16) CABALLERO LOZANO, José María. Ob. cit., p. 28. Al respecto, el mismo autor dice: "... con mayor razón debiera, entonces, excluirse la validez de las cláusulas testamentarias de indisponibilidad, pues el tiempo de duración suele ser mucho más largo que el de las convencionales y su imposición obedece a motivos mucho menos de entidad e interés –normalmente, asegurar la conservación del patrimonio familiar– que las pactadas como garantía del cumplimiento de las obligaciones (...)" (CABALLERO LOZANO, José María. Ob. cit., p. 233).

(17) CABALLERO LOZANO, José María. Ob. cit. p. 28.

(18) BULLARD, Alfredo. "El Código tiene un problema en su concepción ideológica". Entrevista publicada en el diario *Gestión* el 23 de julio de 1994.

4. Hacia una interpretación creativa del artículo 882 del Código Civil

Como bien lo señala Díez-Picazo: "conviene distinguir nítidamente las prohibiciones de disponer frente a las nuevas obligaciones de carácter negativo u obligaciones de no disponer"[19].

En efecto, las obligaciones de no disponer no evitan la disposición del bien gravado; es decir, que la obligación de no disponer no resulta oponible al adquirente. El titular de la situación jurídica subjetiva, aun gozando de la facultad de disposición, queda obligado a no disponer.

Mientras que en las prohibiciones de disponer, su incumplimiento genera la ineficacia de la transferencia[20], por lo que la adquisición queda frustrada, el incumplimiento de la obligación de no disponer solo genera la obligación de indemnizar los daños que cause.

En esta línea, resulta interesante el artículo 1379 del Código Civil italiano que señala:

> "Artículo 1379.- Prohibición de enajenar.- La prohibición de enajenar establecida por contrato **tiene efecto solo entre las partes**, y no es válida si no está contenida dentro de convenientes límites de tiempo y si responde a un apreciable interés de una de las partes" (el resaltado es nuestro).

Como puede apreciarse, el *Codice* no consiente las prohibiciones contractuales de disponer, pero sí admite las obligaciones de no disponer.

El artículo 109 del Código Civil boliviano, en cambio, parece acoger ambos supuestos:

> "Artículo 109.- (Prohibiciones de enajenar).- Las prohibiciones legales de enajenar se rigen por las leyes que las establecen. Las prohibiciones voluntarias solo se admiten cuando son temporales y están justificadas por un interés legítimo y serio".

Adviértase, en cambio, que ambas soluciones coinciden en admitir las prohibiciones de disponer temporales y siempre que respondan a un interés legítimo de las partes.

Nosotros consideramos que el artículo 882 del Código debe ser interpretado en el sentido de que sanciona con nulidad las cláusulas contractuales de indisponibilidad; pero que no impide la constitución de una obligación de no disponer, la cual por su propia naturaleza es de duración temporal y desempeñará una función de garantía o seguridad. Esta obligación, en ningún caso, podrá ser opuesta al adquirente, incluso en el caso de que este conozca la cláusula de indisposición.

Las partes en garantía del cumplimiento de una obligación podrían constituir una obligación de no disponer estableciendo una pena convencional en caso de incumplimiento. Ello no afectaría el principio de libertad de comercio, pero permitiría replantear la figura de la prohibición de disponer a fin de atender las actuales necesidades del tráfico.

5. El pacto de *non cedendo*

El artículo 1210 del Código establece la posibilidad de pactar la prohibición de la cesión o establecer restricciones a esta.

(19) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 713.

(20) Recuérdese que en nuestro sistema la capacidad o facultad de disposición constituye un requisito de eficacia.

La doctrina ha denominado a este acuerdo entre el acreedor y el deudor que prohíbe al primero transferir su crédito a un tercero, *pactum de non cedendo.*

El artículo 1210 del Código guarda estrecha relación con el artículo 882 del mismo cuerpo legal, por cuanto se permite establecer contractualmente una prohibición de transferir la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas. Díez-Picazo y Gullón limitan el ámbito de la prohibición de disponer a los "derechos reales"[21]. Para Caballero Lozano, en cambio, "las prohibiciones de disponer teóricamente cabe referirlas a cualquier derecho subjetivo patrimonial *intra commercium*"[22].

Si tenemos en cuenta que el artículo 1210 del Código Civil está ubicado dentro de las normas relativas a la "cesión de derechos", deberíamos concluir que esta norma es de aplicación a toda situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad, y por tanto, el artículo 882 solo se aplicará a la propiedad.

El segundo párrafo del artículo 1210 del Código atribuye al pacto de incedibilidad solo eficacia personal, de tal manera que si no obstante el pacto se lleva a cabo la cesión, no podría oponerse la existencia del *pactum* al cesionario, en cuyo caso solo cabría al "deudor cedido" demandar al "cedente" los daños y perjuicios que le hubiese ocasionado. En este caso, la indisponibilidad del crédito es configurada como una obligación de no disponer.

Solo cabría oponer la existencia del pacto si este "consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión". En este caso, la indisponibilidad del crédito se configura como una prohibición de disponer.

En tal sentido, la indisponibilidad voluntaria del crédito puede ser configurada como una obligación de no disponer o como una prohibición de disponer[23].

Cuando el *pactum de non cedendo* se configura como una prohibición de disponer, su incumplimiento no genera la nulidad del contrato translativo sino solo su ineficacia, de tal manera que la eficacia puede ser "recuperada" si el deudor cedido *consiente* o *acepta* la cesión (artículo 1215 del Código)[24].

El segundo párrafo del artículo 1210 del Código merece algunos comentarios adicionales cuando señala: "El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible **al cesionario de buena fe**, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión" (el resaltado es nuestro).

El *pactum* se opondrá al cesionario que al momento de la cesión, conocía de su existencia. Si el cesionario conoce el *pactum,* el requisito de la buena fe no tiene sentido.

Al parecer, la referencia a la buena fe tiene sentido en el caso de que el pacto conste "en el instrumento por el que se constituyó la obligación" (se entiende la relación obligatoria cuyo crédito se cede), pues, aparentemente si el pacto consta en el instrumento, será oponible al cesionario **aunque este no lo conozca.** No obstante, no entendemos por qué este hecho sea motivo suficiente para "presumir" el conocimiento.

(21) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil.* Volumen III. 5a. edición. Tecnos, Madrid, 1990, p. 61.
(22) CABALLERO LOZANO, José María. Ob. cit., p. 49.
(23) En este sentido CABALLERO LOZANO, José María. Ob. cit., p. 50.
(24) De la misma opinión NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 76.

Resulta más adecuado lo señalado por el artículo 1260 del Código Civil italiano que señala en su último párrafo: "Las partes pueden excluir la cedibilidad del crédito; pero el pacto no es oponible al cesionario, si no se prueba que él lo conocía al tiempo de la cesión".

Brugi considera inadmisible la posibilidad de establecer el *pactum de non cedendo.* El autor italiano señala: "(...) una intransmisibilidad contractual de los créditos, máxime ante la pujanza actual de la riqueza mobiliaria, surtiría efecto tan pernicioso como la intransmisibilidad de la propiedad"[25].

Consideramos que es conveniente permitir las prohibiciones voluntarias de disponer en la medida en que sean temporales y, tratándose de créditos, resulta evidente que existe una limitación temporal: su vencimiento. Por ello no compartimos la opinión de Brugi.

En este mismo sentido Bianca dice: "Ya el carácter temporal e instrumental del crédito vale en efecto para excluir que la cláusula de incedibilidad del crédito presente aquel peligro de inmovilizar la riqueza, que es el fundamento del tradicional impedimento a los privados de encasillar la circulación jurídica de la propiedad"[26].

DOCTRINA

BIANCA, Massimo. Diritto Civile, 3 Il Contratto. Giuffrè Editore, Milano, 1998; NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Editorial Comares, Granada, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993; BASSI, Amadeo. Factoring e cessione dei crediti di impresa. Giuffrè Editore, Milano, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. II. Tecnos, Madrid, 1986; CABALLERO LOZANO, José María. Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones. Bosch, Barcelona, 1993; MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. De los Derechos Reales. Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos. Editorial Desarrollo, Lima, 1982; BULLARD, Alfredo. El Código tiene un problema en su concepción ideológica. Entrevista publicada en el diario Gestión de 23 de julio de 1994; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. III. Tecnos, Madrid, 1990; BRUGI, Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Ineficacia de la cesión de derechos

{C}omo pretensión demandada la nulidad del contrato de cesión de derechos (...), así como la inscripción registral correspondiente; sostenida por el argumento de que la obligación cedida tuvo su origen en un contrato de prestaciones recíprocas por tanto no cabía la figura de cesión de derechos sino una cesión de posición contractual que con arreglo al artículo 1435 del Código Civil exige el consentimiento de los deudores, sin embargo no participaron en el contrato de cesión de derechos que en todo caso deviene ineficaz de acuerdo al artículo 1210 del Código Civil. (...) La diferencia entre la cesión de derechos y la cesión de posición contractual consiste principalmente en que a través de la cesión de derechos solo se transmite al cesionario la facultad o derecho de hacer efectiva la acreencia que tiene el acreedor cedente respecto de su deudor; es decir, que solo se transmite la parte activa de la relación obligacional, mientras que la cesión de posición contractual está orientada a la transmisión de toda la relación obligacional, es decir tanto el lado activo como el pasivo ***(Cas. N° 9712-2012-Ica).***

(25) BRUGI, Biagio. *Instituciones de Derecho Civil.* Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946, p. 367.
(26) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 578.

Extensión de la cesión

Artículo 1211.- *La cesión de derechos comprende la trasmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido, salvo pacto en contrario.*

En el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero.

Concordancias:
C.C. arts. 888, 889, 1055, 1091, 1097, 1868

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

Si bien la cesión entendida como modo es un acto traslativo, también puede ser vista como un acto modificativo desde una doble perspectiva: por un lado, tiene como efecto alterar subjetivamente (en su lado activo) una relación jurídica patrimonial preexistente[1]; por el otro modifica una situación jurídica subjetiva. En este sentido, de conformidad con la definición del artículo 1351 del Código, la cesión es un contrato.

Conforme a lo establecido en nuestro Código, para la transferencia de la titularidad de un crédito se requiere de un doble acuerdo: por un lado, uno creador de obligaciones y, por el otro, un acuerdo de voluntades en producir la transmisión. Ambos acuerdos pueden producirse en un mismo acto y, en este caso, basta el consenso.

La cesión, así entendida, es un acto jurídico bilateral puesto que para su existencia basta el acuerdo de voluntades entre el "sujeto activo originario" (cedente) y el "nuevo sujeto activo" (cesionario), no siendo necesario el asentimiento del "sujeto pasivo cedido" (segundo párrafo del artículo 1206 del Código).

Debe observarse que en la transferencia del crédito no interviene el deudor cedido y ello se justifica en la medida en que a este le resulta indiferente la identidad del acreedor[2]. Incluso, como veremos más adelante, su situación no puede resultar empeorada por la cesión, a menos que el deudor la consienta.

La transferencia de la titularidad del crédito supone la sustitución del sujeto activo original (cedente) por uno nuevo (cesionario), permaneciendo inmutada y conservándose la identidad de la relación jurídica patrimonial[3].

En este sentido Bianca señala: "En el curso de su existencia la relación obligatoria puede sufrir modificaciones subjetivas por el lado activo y por el lado pasivo. El principal evento modificativo de la obligación del lado activo es la transferencia.

La transferencia del crédito es el pasaje del derecho de un sujeto a otro.

(1) Así el artículo 1351 del Código Civil señala: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". Messineo señala: "Los contratos modificativos pueden presentarse también como contratos traslativos de derechos reales (...)" (MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 43).

(2) En contra de esta opinión ver GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. "Sistemas germánicos en cesión de créditos (I)". En: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLV, fsc. I, enero-marzo MCMXCII, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 102.

(3) En contra PACCHIONI citado por BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo II. Traducción: José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pp. 200 y ss.

El acontecimiento de la transferencia puede ser indentificado como sucesión del crédito. Transferencia y sucesión son términos equivalentes que designan el mismo fenómeno bajo dos diversos perfiles, uno atinente al objeto (el derecho se transfiere del originario al nuevo acreedor), el otro atinente a los sujetos (al acreedor originario sucede el nuevo acreedor)"(4).

Debe quedar claro que se trata de la transferencia de la titularidad del crédito y no solamente el "derecho a exigir la prestación a cargo del deudor". En tal sentido, Gavidia Sánchez indica: "Lo primero a señalar es la admisión de la plena transmisión del crédito, esto es, de la titularidad, y no solo de la acción para hacerlo efectivo (...)"(5).

El carácter privilegiado de un crédito supone una excepción al principio general que establece la igualdad entre los créditos: "se produce cuando la ley concede a un acreedor la facultad de cobrar con preferencia a los demás acreedores, llamados por esto acreedores ordinarios, sobre el producto obtenido con la realización de los bienes del deudor o de alguno o algunos de tales bienes"(6).

La definición del maestro español permite esbozar las características generales de los créditos privilegiados, estas son: la legalidad, la excepcionalidad y su accesoriedad al crédito mismo, por lo que la cesión del crédito supone la cesión del privilegio que lo acompaña.

Como hemos dicho, la sustitución del acreedor originario (cedente) por el nuevo acreedor (cesionario) supone la subsistencia de la relación obligatoria que, aunque modificada, conserva su identidad. Sotgia, al respecto, dice: "La permanencia inmutada del derecho (o acción), aun actuada la mutación del sujeto originariamente titular, se justifica y basa con el principio de la capacidad de sucesión del derecho a título particular (sea del lado activo que pasivo), e implica consecuentemente el pasaje del objeto del derecho al cesionario con todas las excepciones y gravámenes por ello y de ello"(7).

En el mismo sentido Bianca dice: "La noción de transferencia implica la identidad del derecho, en el sentido de que el derecho expectante al nuevo acreedor es el mismo derecho ya expectante al acreedor originario. Es decir, importa, entre otras cosas, la permanencia de los derechos accesorios y, en particular, de los derechos de garantía"(8).

De tal manera que no todo cambio en la relación obligatoria implica su extinción y el surgimiento de una nueva que la sustituya; en otras palabras, no toda modificación de la relación obligatoria implica novación. En tal sentido, Francisco de Asís Sancho Rebullida señala: "(...) 'modificar' es algo distinto de 'extinguir', en cierto sentido, contrario, pues predica la subsistencia del *quid* modificado"(9).

Lo señalado es importante, no solo desde un punto de vista académico sino, principalmente, en lo práctico, por cuanto, como señala Díez-Picazo: "(...) la permanencia o no permanencia de la relación es en rigor la pervivencia o no pervivencia del régimen jurídico

(4) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. L'obbligazione.* Volume IV. Giuffrè, Milano, p. 567.
(5) Ver al respecto GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. Ob. cit., p. 101.
(6) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial.* Volumen I. 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1986, p. 764.
(7) SOTGIA, Sergio. "Voce: Cessione di crediti e di altri diritti". En: *Novissimo Digesto Italiano.* Volume III. Unione Tipográfica-Editrice Torinese, Torino, 1959, p. 138.
(8) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 568.
(9) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. "La novación de las obligaciones en el Derecho español". En: *Estudios de Derecho Civil.* Tomo I. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, p. 231. El mismo autor señala que los verbos modificar, variar, sustituir, subrogar se refieren más a la subsistencia del vínculo que a su extinción.

anterior"[10]. En tal sentido, la cesión del crédito supone la pervivencia del régimen de garantías de la relación obligatoria modificada.

Respecto de la prenda cabe hacer algunas precisiones adicionales. El segundo párrafo del artículo 1263 del Código Civil italiano establece lo siguiente: "El cedente no puede transferir al cesionario, sin el consentimiento del constituyente, la posesión de la cosa recibida en prenda: en caso de disenso, el cedente queda en custodia de la prenda".

En este mismo sentido Navarro Pérez, refiriéndose al Código Civil español, dice: "De la normativa de nuestro CC sobre la prenda, cabe deducir que para el traspaso de la posesión de la cosa dada en prenda hará falta el consentimiento del constituyente, dado que el acreedor pignoraticio no puede usar de la cosa dada en prenda sin obtener dicho consentimiento (artículo 1870), ni tampoco disponer de ella (artículo 1859)", más adelante explica la razón por la cual no se admite que la cosa dada en prenda sea transferida automáticamente al cesionario por efecto de la cesión del crédito, diciendo: "(...) no parece indiferente para el deudor constituyente que la cosa pignorada sea poseída por un sujeto en vez de otro"[11].

Adviértase que el problema no radica en la subsistencia de la garantía, sino en la transferencia de la posesión de la prenda. Por consiguiente, a falta de consentimiento, la cosa quedará en posesión del acreedor garantizando el crédito, de tal manera que el cedente se comportará como un tercero que "recibe" la prenda en calidad de depositario.

Al respecto, el segundo párrafo del artículo 1211 del Código establece la obligación del cedente de entregar la cosa dada en prenda, salvo que la cosa estuviera en poder de un tercero, en cuyo caso este continuará como depositario.

El artículo 1211 del Código nada dice sobre la percepción de los frutos. El último párrafo del artículo 1263 del Código Civil italiano al respecto dispone que: "Salvo pacto en contrario, la cesión no comprende los frutos vencidos".

Navarro Pérez sobre este tema señala: "Si tales frutos o intereses no solamente están vencidos, sino que ya han sido percibidos por el acreedor cedente, es claro que han pasado a su patrimonio, y toda relación con el crédito de que proceden ha desaparecido. En el caso de que no los haya percibido, como los frutos civiles se consideran producidos por días (artículo 451, 2o.), y como los efectos de la cesión entre los contratantes parten siempre a contar de la fecha en que se celebra, es de estimar que tampoco en este caso deben considerarse como accesorios del crédito, ni por tanto incluidos en la transmisión. Es más, en el supuesto de que el deudor los hubiese pagado por anticipado al acreedor, la justicia exigiría que se prorrateasen, teniendo en cuenta la fecha de la cesión y entregando el cedente al cesionario lo que a este corresponda"[12].

En nuestro ordenamiento jurídico resulta de aplicación el artículo 892 del Código, que establece que los frutos civiles[13] pertenecen al titular del derecho.

(10) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., volumen I, p. 795.
(11) NAVARRO PÉREZ, José Luis. *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*. Comares, Granada, 1988, p. 58.
(12) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 65.
(13) Para Fernández Cruz los intereses no constituyen frutos (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y Economía". En: *Derecho*. Facultad de Derecho/ Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 45, diciembre, Lima, 1991, pp. 177 y ss. Ver también al respecto MAZZONI, Marco Cosimo. "Frutti civili e interessi di capitale". En: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*. N° 75. Casa Editrice Giuffre, Milano, 1985.

En tal sentido, los intereses que se devenguen hasta el momento de la cesión pertenecen, salvo pacto distinto, al cedente, en la medida en que hasta ese momento es el titular del crédito. Desde la cesión pertenecen al cesionario.

Debe tenerse en consideración, además, que la cesión no puede implicar un empeoramiento de la situación jurídica del sujeto pasivo, así este puede oponer al cesionario las excepciones[14] que pudiera haber opuesto al cedente. En este sentido Sotgia señala: "La transferencia no empeora la situación del deudor, a quien quedan todos los medios de defensa y las excepciones que él habría podido oponer al cedente y, derivados de la relación causal del crédito"[15].

Estas excepciones se distinguen en subjetivas o personales y en objetivas o reales. Las primeras son las defensas de fondo que encuentran su fundamento en relaciones entre cedente y cedido, distintas a la relación objeto de la cesión. Así, por ejemplo, la compensación, donde la relación obligatoria que se opone es distinta a la relación cedida[16].

Serán objetivas aquellas que encuentran su razón en el hecho de ser titulares de una determinada situación subjetiva. Por ejemplo, la nulidad del acto jurídico constitutivo de la relación obligatoria donde el cedido podrá alegarla a pesar de la cesión[17].

Respecto a las excepciones objetivas, la doctrina es pacífica al admitir que pueden ser opuestas al cesionario por el deudor cedido.

En cambio, las excepciones personales plantean algunos problemas. Para Díez-Picazo, posición que compartimos, "el deudor cedido conserva las excepciones personales, derivadas de sus personales relaciones con el cedente, siempre que no haya consentido la cesión. Si ha consentido la cesión, estas excepciones quedan extinguidas"[18].

Debemos advertir, sin embargo, que los criterios de distinción entre las excepciones subjetivas y objetivas no son claros en la doctrina. Así, Díez-Picazo considera que la *exceptio non adimpleti contractus* (si fuera una relación obligatoria con prestaciones recíprocas) y la excepción derivada de la anulabilidad del acto jurídico constitutivo, son excepciones subjetivas[19].

Nosotros no compartimos la opinión del maestro español. Respecto a la excepción de incumplimiento, creemos que es objetiva en la medida en que su fundamento se encuentra en la reciprocidad de las prestaciones.

Con relación a la anulabilidad, también creemos que es objetiva, pues debe tenerse en cuenta que su declaración solo interesa a algunos especialmente protegidos, que son los que se han visto afectados por el vicio que da causa a la anulabilidad. En tal sentido, si el deudor cedido es quien ha incurrido en error, por ejemplo, puede pretender la declaración de nulidad sin importar la cesión.

(14) En el Derecho Procesal el demandado puede ejercer su derecho de defensa de tres maneras: a) a través de las defensas de fondo; b) a través de las defensas previas; c) a través de las excepciones. Al hablar de excepciones el Código Civil lo hace, no en su significado técnico o procesal, sino en el sentido de defensa de fondo.

(15) SOTGIA, Sergio. Ob. cit., p. 158.

(16) Verbigracia, *Primus* es acreedor de *Secundus*. *Primus* cede su crédito a *Tercius*. Si *Secundus* fuera acreedor de *Primus* en una relación obligatoria distinta (líquida, exigible y de prestaciones fungibles y homogéneas), la compensación es personal porque la deuda es de *Primus* y no de *Tercius*.

(17) Incluso, si la nulidad se debiera a incapacidad absoluta del acreedor originario, siendo el cesionario capaz.

(18) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., volumen I, p. 810.

(19) Loc. cit.

La cesión tampoco puede suponer una mejora en la situación jurídica del sujeto pasivo, por lo que el cesionario podrá "replicar haciendo valer por su parte todo aquello que el cedente hubiera podido hacer valer si él hubiera sido el destinatario de tal excepción"[20].

Asimismo, la cesión también otorga al cesionario la posibilidad de pretender la declaración de "anulabilidad" del acto jurídico constitutivo de la relación jurídica cedida.

En efecto, como se ha dicho, la pretensión de la declaración de "anulabilidad" corresponde a las personas cuyos intereses se trata de proteger (segundo párrafo del artículo 222 del Código Civil peruano). Sin embargo, es transmisible a los sucesores[21].

Respecto a la *exceptio non adimpleti contractus,* es evidente que el cesionario no puede oponerla. Obsérvese que este es titular de un crédito y la excepción solo puede ser opuesta por quien es titular de una obligación (entendida como el aspecto pasivo de una relación obligatoria) de acuerdo con el artículo 1426 del Código Civil. Queda claro, en cambio, que el cedente sí podría "suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo" hasta que el cedido ejecute la prestación debida al cesionario.

En la transmisión del crédito también se incluyen los derechos potestativos que le corresponden; así, por ejemplo, la elección (si se ha pactado a favor del acreedor) tratándose de una relación obligatoria con prestación de dar cosa incierta o en las relaciones obligatorias con prestaciones alternativas.

DOCTRINA

MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. Sistemas germánicos en cesión de créditos (I). En: Anuario de Derecho Civil, Tomo XLV, fsc. I, enero-marzo MCMXCII. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones, Tomo II. Traducción de José Luis De los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, L'obbligazione, Vol. IV. Giuffrè Editore, Milano; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I. Tecnos, Madrid, 1986; SOTGIA, Sergio. Voce: Cessione di crediti e di altri diritti. En: Novissimo Digesto Italiano, Vol. III. Unione Tipográfica-Editrice Torinese, Torino, 1959; SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís. La novación de las obligaciones en el Derecho español. En: Estudios de Derecho Civil, Tomo I. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978; NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Editorial Comares, Granada, 1988; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y Economía. En: Derecho N° 45. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre 1991, p. 177 y ss.; MAZZONI, Marco Cosimo. Frutti civili e interessi di capitale. En: Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. No. 75. Casa Editrice Giuffre, Milano, 1985; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977; ZANNONI, Eduardo. Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

A través de una cesión de derechos no se puede ceder los privilegios que ostenta una empresa del sistema financiero

{L}a demandada constituyó hipoteca sobre el inmueble sub litis a favor de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE) (...). Mediante asiento (...) donde consta que mediante Escritura Pública (...) la Corporación Financiera de

(20) GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. Ob. cit., p. 125.

(21) Así DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *Teoría general del negocio jurídico.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, pp. 237-238; ZANNONI, Eduardo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos.* Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 210. Legislativamente, ver artículo 1684 del Código Civil chileno.

Desarrollo (COFIDE) cede (...) los derechos de su cartera al Ministerio de Economía y Finanzas, que no es una empresa del sistema financiero (no es un Banco o Caja), por tal razón no se le pudo haber cedido el privilegio (...) de la inaplicabilidad del artículo 3 de la Ley N° 26639, para los gravámenes constituidos a favor de las empresas del sistema financiero, según alega. Es así que (...) a solicitud de parte, (...) se canceló los aludidos asientos (...) por caducidad establecida en el artículo 3 de la Ley N° 26639, que establece la excepción para las empresas del sistema financiero con la entrada en vigencia de la Ley N° 26702, surtió plenamente sus efectos; en consecuencia, solo las inscripciones de las hipotecas constituidas a favor de las entidades del sistema financiero, que (...) disfrutaban de la excepción del plazo de caducidad previsto en diez años y que no habían sido renovadas. La cancelación conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 26639 y lo normado en el artículo 172 de la Ley N° 26702, no pueden aplicarse al presente caso debido a que el Ministerio de Economía y Finanzas, no es una empresa del sistema financiero, es decir, obviamente, el Ministerio de Economía y Finanzas, no es un Banco o una Caja, que haya cumplido con los requisitos exigidos por ley y presentados ante la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros, para que le autorice a funcionar como un Banco o Caja, pues conforme a la estructura del Estado (...) es un Ministerio (...), entonces por ningún fundamento válido se puede sostener que el Ministerio de Economía y Finanzas es o pretenda ser un Banco o Caja (empresas del sistema financiero), por lo que la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE) tampoco podría transferir su calidad de entidad financiera con las excepciones que la norma dispone salvo a favor de los Bancos o Cajas, por la razón que las normas no lo permiten, pues cabe añadir que las excepciones dispuestas por las normas no pueden ser materia de cesión, toda vez que las normas jurídicas del Estado no son bienes del sistema financiero. Por lo que el asiento cuya cancelación se cuestiona y se pretende su nulidad, no es factible atenderse, razón por la cual no puede ampararse la demanda como nulidad de asiento de cancelación por infracción del artículo V del Título Preliminar del Código Civil (Cas. N° 1888- 2012-Cusco).

Se transmiten, a través de la cesión, las garantías generales y/o especiales

{E}n derecho de las obligaciones, el artículo 1211 del Código Civil ha previsto que la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de todos los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido; en este contexto, cuando la ley refiere que la cesión comprende también a las garantías, lo hace en forma genérica, esto es, sin distinguir si se trata únicamente de garantías otorgados por el propio obligado o de garantías otorgadas por terceros, por tanto, es lógico admitir que la ley ha previsto el paso de todas las garantías en general, pues por principio jurídico esencial nadie puede distinguir allí donde la ley no distingue (Cas. N° 2570-2005-Lima).

La cesión de derechos constituye una transmisión de derechos con los mismos privilegios y garantías

{L}a cesión de derechos es un medio de transmisión de derechos 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, conforme lo establece el artículo 1206 del Código Civil; constituyendo en este caso una forma de sucesión inter vivos por el que el cesionario ocupa el mismo lugar del cedente con los mismos privilegios y garantías reales y personales, así como demás accesorios, según lo establece el artículo 1211 del Código Civil, lo cual resulta concordante con el artículo 108 inciso 3 del Código Procesal Civil que considera a la cesión de derechos una forma de sucesión procesal por acto entre vivos (...). En ese sentido, teniendo en cuenta que la cesión de derechos constituye una forma de sucesión inter vivos por el que se transmite el derecho con los mismos privilegios y garantías, se debe considerar en el presente caso que la hipoteca materia de cesión respalda no solamente los créditos del cedente sino también del cesionario, más aún cuando en el presente caso las hipotecas han sido constituidas bajo los alcances del texto original del artículo 172 de la Ley N° 26702 que permitía la constitución de hipotecas para respaldar las obligaciones presentes o futuras del deudor. En consecuencia, se ha incurrido en inaplicación del artículo 1211 del Código Civil al haberse considerado que las hipotecas materia de cesión no respaldan los créditos del cesionario, cuando conforme a la norma acotada la cesión de derechos constituye una transmisión de derechos con los mismos privilegios y garantías; habiendo incurrido también las instancias de mérito en aplicación indebida del artículo 1 de la Ley N° 27851 que modificó el artículo 172 de la Ley N° 26702, al denegar la ejecución respecto de los créditos del cesionario, sin tener en cuenta que las hipotecas fueron constituidas con anterioridad a la vigencia de la referida norma modificatoria (Cas. N° 3073-2005-Lima).

TRIBUNAL REGISTRAL

Transferencia de la hipoteca vía cesión de derechos

{E}l artículo 1211 del Código Civil establece que "la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido, salvo pacto en contrario. (...)". En este orden de ideas, la cesión de la hipoteca, otorgada en aplicación del precitado artículo 1211 del Código Civil tampoco supone en modo alguno la modificación del gravamen, el mismo que se transfiere conforme fue pactado en el documento constitutivo (Resolución N° 072-2005-SUNARP-TR-L).

Garantía del derecho cedido

Artículo 1212.- ***El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto.***

Concordancias:
C.C. arts. 1213, 1214, 1438; LEY 26887 art. 28

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. Consideraciones generales

Navarro Pérez advierte acertadamente que antes de tratar el tema, hay que dilucidar: "(...) la equivalencia o diversidad de los conceptos de responsabilidad y garantía"(1).

En el mismo sentido, Panuccio señala: "Muy delicado es el problema de la relación entre garantía y responsabilidad (...)" y más adelante añade: "En la literatura se pueden distinguir dos corrientes respecto a este problema: por una parte se tiende a ver en la garantía y en la responsabilidad fenómenos esencialmente afines. El término alemán *Haftung*, que tanta importancia ha tenido en la notable distinción entre dos diversos perfiles en la relación obligatoria, traduce igualmente bien los dos términos: responsabilidad y garantía. Otros oponen garantía y responsabilidad como conceptos incompatibles: uno tiene carácter objetivo, el otro carácter subjetivo y presupone la culpa"(2).

En efecto, como muestra del uso indistinto de ambos términos, podemos ver los artículos 1529 y 1530 del Código Civil español que se refieren a responsabilidad; mientras los artículos 1212 y 1213 del Código se refieren a garantía.

La cuestión resulta más interesante en la medida en que Osterling Parodi señala, en la Exposición de Motivos, que ambos artículos (los del Código Civil peruano) tienen como antecedentes los artículos citados del Código español(3).

En la legislación extranjera podemos encontrar casos donde los términos responsabilidad y garantía se utilizan indistintamente y como sinónimos en materia de cesión de créditos. Tal es el caso del *Code* Napoleón y del Código belga donde en los artículos 1693 y 1695 se refieren a garantía y el artículo 1694 a responsabilidad.

Navarro Pérez, comentando el ordenamiento civil español, ha dicho: "Se ha hablado en forma unitaria de garantías en la cesión del crédito, cuando en realidad es una concepción dicotómica, o mejor, dos figuras distintas. En efecto, mientras la llamada garantía por la existencia y legitimidad del crédito e incluso por la solvencia del deudor en el caso de la insolvencia anterior y pública, no son sino casos de responsabilidad (...), la considerada como responsabilidad voluntaria por la solvencia del deudor es un supuesto de garantía de características especiales. Es un caso de lo que se ha llamado garantía restitutiva, caracterizada porque el garante cedente responde al cesionario garantizado por una cantidad determinada (...)"(4).

(1) NAVARRO PÉREZ, José Luis. *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*. Comares, Granada, 1988, p. 171.
(2) PANUCCIO, Vincenzo. *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*. Dott A. Giuffrè, Milano, 1955, pp. 142-143.
(3) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones*. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 113.
(4) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 173.

Para otros autores, como Alsina Bustamante[5], en un sentido lato, garantía es sinónimo de obligación y responsabilidad. Se puede decir, según el autor argentino, que el deber de responder por vicio es una obligación de garantía.

El significado del término obligación puede ser explicado teniendo en cuenta los criterios de atribución y distribución del riesgo. La obligación delimita las esferas del riesgo de las partes. En tal sentido, como señala Cabanillas Sánchez, "cuando se produce el incumplimiento de un deber de prestación, el riesgo se atribuye al que ha incumplido la conducta debida. El daño sufrido por el acreedor ha de ser resarcido por el deudor, porque este no ha cumplido como era debido. Y para conseguir este efecto se maneja la idea de responsabilidad frente a la otra parte"[6].

Corresponde a las partes atribuir el riesgo de determinada contingencia; es decir, indentificar el riesgo y asignarlo, a quien, de ocurrir, deberá asumir los daños que se produzcan.

Corresponde al legislador asignar los riesgos de manera supletoria y, en tal sentido, la responsabilidad contractual (obligacional), según Trimarchi, "debe por lo tanto ser regulada teniendo presente la oportunidad de empujar al acreedor y al deudor a adoptar una combinación de medidas de diligencia que sea óptima desde el punto de vista de la economía general. En tal modo, las reglas sobre responsabilidad contractual pueden contribuir a determinar una distribución óptima de los recursos productivos (...)"[7].

Los criterios de atribución de los riesgos en materia contractual (obligacional), adoptados por los diversos ordenamientos jurídicos, son básicamente dos[8]:

1) El riesgo se atribuye atendiendo al criterio de la culpa (responsabilidad por culpa); o,

2) El riesgo se atribuye en virtud de criterios que no suponen una recriminación de la conducta (responsabilidad objetiva).

Los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, asignan el riesgo al deudor, salvo que logre probar que el incumplimiento se produjo sin su culpa.

Esta solución es explicada por Trimarchi con tres razones[9]:

1) Es más frecuente el caso en el cual es el deudor, y no el acreedor, el que está en mejor posición para adoptar las medidas idóneas a fin de prevenir el daño: solo el deudor puede influir directamente sobre la ejecución de la prestación para que sea exacta y puntual;

2) Se considera que casi todas las medidas que pueden ser adoptadas por el acreedor pueden ser adoptadas por el deudor; y,

(5) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad Civil*. 5ª edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, cita 555, p. 363.

(6) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*. Montecorvo, Madrid, 1988, p. 49.

(7) TRIMARCHI, Pietro. "Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale". En: *Interpretazione giuridica e analisi economica*. A cura di Guido Alpa, Francesco Pulitini, Stefano Rodotà, Franco Romani. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 285.

(8) En este sentido ver TRIMARCHI, Pietro. Ob. cit., p. 291. MORALES citado por CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Ob. cit., p. 49, nota (94).

(9) TRIMARCHI, Pietro. Ob. cit., p. 292.

3) Las medidas adoptables por el deudor tienen, por regla, un mayor ámbito de eficacia, pues impiden el incumplimiento y sus consecuencias, mientras las medidas que pueden ser adoptadas por el acreedor prevén solo las consecuencias dañosas del incumplimiento[10].

La transferencia de un crédito supone la existencia de riesgos específicos: la inexistencia y la ilegitimidad del crédito y la insolvencia del deudor.

2. La responsabilidad por la *veritas nominis*

La responsabilidad por la *veritas nominis* se refiere al riesgo de la inexistencia y la ilegitimidad del crédito.

a) El riesgo de la inexistencia del crédito

De acuerdo con Navarro Pérez, "el término existencia debe ser entendido en su verdadero significado como la concreta entidad del crédito. Existir un crédito quiere decir que tenga realidad, que no ha de hallarse extinguido de alguna manera"[11].

La inexistencia puede deberse al hecho de que la situación jurídica subjetiva se hubiera extinguido de algún modo: por cumplimiento, por novación, por compensación, por los casos establecidos en el artículo 1021 del Código, etc.

Para Regnault, la existencia del crédito no podría dar lugar, por incompatibilidad lógica, a un genuino fenómeno de garantía. "Dado que el crédito es el objeto de la cesión, la falta del crédito es la falta del objeto, es decir un fenómeno perfectamente paralelo a aquel que sería la falta de la cosa en la venta (...)"[12]. De la misma opinión es Navarro Pérez, para quien la no existencia de la situación jurídica subjetiva determina la nulidad del contrato con función traslativa, por inexistencia del objeto del mismo.

De conformidad con el inciso 3 del artículo 219 del Código, el contrato que carece de objeto es nulo; de tal manera que si el crédito es el objeto del contrato con función traslativa, la cesión del crédito inexistente es nula.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el crédito es, en realidad, la situación jurídica subjetiva que el contrato con función traslativa tiende a transferir; así como en el caso de la propiedad, lo que es materia de transferencia es la titularidad de la situación jurídica de propiedad.

Como advierte Panuccio: "El defecto de la tesis está en su presupuesto teórico, que el derecho de crédito sea el objeto del contrato de cesión. Es verdad que en el negocio traslativo derecho y objeto son íntimamente conexos, no pudiendo pensar transferencia de un derecho que no incida sobre un objeto, ni indicación de un objeto que haga referencia a un derecho. Pero íntima conexión no significa puntual identidad, especialmente para los fines de la regulación positiva. La inexistencia del objeto produce nulidad, porque priva desde el

(10) Esta última razón puede ser explicada con un ejemplo dado por Trimarchi: supongamos que A se obliga a entregar a B cierto número de máquinas, de su fabricación, que B utilizará en su propio negocio. Si por errores en la fabricación en A, las máquinas resultan defectuosas y, por tanto, no pueden ser utilizadas por B, el daño total comprende tanto el daño causado a A (costos de fabricación), al cual llamaremos "a", y el daño causado a B (por la imposiblidad de utilizarlas), al cual llamaremos "b" (daño total = a + b). En tal sentido, las medidas adoptadas por el deudor evitan (a + b), mientras las adoptadas por el acreedor solo evitan b (TRIMARCHI, Pietro. Ob. cit., p. 286).

(11) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 178.

(12) REGNAULT citado por PANUCCIO, Vincenzo. Ob. cit., p. 129.

principio el negocio de cada una de sus funciones económicas. La falta del derecho envuelve solamente un problema de legitimación y, por tanto, lleva más bien, en el sistema jurídico actual, al remedio práctico de la *legitimatio superveniens* y, solo en defecto de este remedio, a la resolución en el negocio"[13].

Lo visto se produce por la inexistencia del crédito al momento de la cesión; así, por ejemplo, en el caso de nulidad del contrato "generador" del crédito, en cuyo caso, evidentemente, el crédito "cedido" sería inexistente. Pero cabe preguntarse si la garantía por la existencia del crédito puede ser invocada en el caso de la cesión de un crédito originado por un acto anulable.

Panuccio considera que en este caso "basta referirse simplemente al principio general según el cual, quien se ve privado del derecho respecto con el cual contaba, en base a la adquisición translativa, puede invocar las normas sobre la evicción. A la garantía por evicción podrá por tanto referirse el cesionario que vea venir a menos su propio crédito, como consecuencia de la anulación del negocio subyacente, constitutivo del crédito mismo"[14].

Para Bianca, procede la garantía de la existencia del crédito, incluso, cuando el efecto traslativo se produzca, pero que posteriormente el crédito se extinga por anulación (anulabilidad), resolución o rescisión por causa imputable al cedente[15].

Nosotros creemos que los casos de "invalidez del crédito" dan lugar a la garantía por la existencia, en la medida en que el cedente debe garantizar que el bien es debido y este no sería el caso de un crédito ilegítimamente constituido.

b) El riesgo de la ilegitimidad del crédito

Navarro Pérez señala que: "Ha de entenderse que con el término legitimidad se quiere expresar la necesidad de que el crédito sea reclamable por su propia naturaleza, hallarse contraído con las formas legales necesarias y constituir un título civil de obligación"[16]. El autor español excluye el supuesto de la cesión del crédito ajeno de la legitimidad.

La ilegitimidad del crédito significa, para nosotros, que quien lo transmite no es el verdadero titular. En otras palabras, estamos dentro del supuesto de la cesión del crédito existente pero ajeno, bien porque nunca ha pertenecido al cedente, bien porque ya lo ha cedido previamente, no estando autorizado en ningún caso a disponer de él por el titular[17].

El riesgo propio de la transferencia de la titularidad de cualquier situación jurídica subjetiva; es sin duda alguna la no adquisición de la titularidad, dada por la falta de legitimación.

No obstante, existe una clara diferencia entre la transferencia de la titularidad de la propiedad y la del crédito. En este sentido, Panuccio señala: "Mientras para la propiedad es imposible, dado nuestro sistema positivo, que en el momento del negocio translativo la propiedad de la cosa mueble o inmueble no pertenezca a ninguno, pero solamente de temer que ella pertenezca a otros, al contrario ocurre con el crédito. La posibilidad de que el crédito pertenezca a otros es totalmente rara y anómala, donde sigue que la exigencia de asegurarse, contra el derecho ajeno tiene escasa intensidad o mínima. Puede en cambio ocurrir, y propiamente aquí está el mayor peligro, que el crédito no haya surgido, que el acreedor no haya

(13) Ibídem, pp. 132-134.
(14) Ibídem, p. 163.
(15) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, 3 Il Contrato.* Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 596.
(16) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 179.
(17) En contra NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 164.

hecho, así como se suponía, un real deudor: donde la garantía tiene como finalidad principal asegurar contra la posibilidad del derecho inexistente y se convierte, consecuentemente, garantía para la existencia del derecho"[18].

3. La asignación del riesgo por la inexistencia del crédito

Una vez que hemos definido los riesgos por la *veritas nominis,* corresponde indicar cómo se realiza la asignación de dicho riesgo.

Teniendo en cuenta que la asignación de los riesgos corresponde, en principio, a las partes. Resulta necesario, teniendo en cuenta la labor de reconstrucción del contrato perfecto que le corresponde al legislador, definir cuál de las partes, supletoriamente, está en mejor condición de asumir dichos riesgos.

En este sentido, resulta extraña la siguiente opinión: "Consideramos, sin embargo, que no debería permitirse la estipulación en contrario del deber de garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, pues tal pacto podría prestarse a la comisión de fraudes"[19]. No compartimos esta posición que pretende limitar la libertad contractual, pues creemos que la asignación de los riesgos de un contrato corresponde a las partes, las cuales están en mejor situación que el Estado para ello.

El Código Civil español en su artículo 1529 señala lo siguiente:

> "Artículo 1529.- El vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuese anterior y pública.
>
> Aun en estos casos solo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el número 1o. del artículo 1.518.
>
> El vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios".

El Código Civil español distingue entre el cedente de buena y mala fe. Si el cedente es de buena fe, la responsabilidad se limita:

1) Por el precio que recibió el cesionario, que debe ser restituido; y,

2) Por los gastos del contrato y de cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

Si el cedente es de mala fe, su responsabilidad es mayor; es decir, además de lo señalado para el caso del cedente de buena fe se agregan:

1) Los intereses que debería haber devengado la cantidad dada como precio desde que fue pagada por el cesionario;

2) Todos los demás gastos realizados por el cesionario con motivo de la cesión; y,

(18) PANUCCIO, Vincenzo. Ob. cit., p. 149.

(19) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones.* Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, p. 534.

3) Los daños y perjuicios ocasionados al cesionario.

4. La asignación del riesgo por la ilegitimidad del crédito

En este caso deben aplicarse las reglas del sistema general de transferencia de titularidades de situaciones jurídicas subjetivas, adoptado por nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, debe aplicarse el principio del *nemo plus iuris,* no existiendo en nuestra legislación una regla de excepción que admita la adquisición *a non creditore.*

Como advierte Sánchez Gavidia, "Nos encontramos, visto el tratamiento de las cesiones de crédito ajeno, ante una relativa limitación de la protección al tráfico (...)"[20].

Panuccio en el mismo sentido dice: "(...) tratándose de crédito ajeno, no podrá darse una eficacia inmediata, la cual solo se puede tener sobre el presupuesto de la titularidad del cedente. Se necesitará pensar, por tanto, en una eficacia no inmediata, análoga a aquella de la venta de cosa ajena, mediante la obligación que el cedente asuma de adquirir el crédito del tercero y de procurar de tal manera la titularidad al cesionario. La obligación de adquisición es el medio técnico para actuar una cesión de crédito ajeno, así como, *mutatis mutandi,* una venta de cosa ajena"[21].

Bajo esta perspectiva, en nuestro sistema la falta de titularidad del crédito no produce la transferencia de la titularidad, es decir, la falta de legitimidad genera la ineficacia del contrato con función traslativa.

5. El Código Civil peruano

Nuestro Código Civil en su artículo 1212 establece:

> "Artículo 1212.- El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto".

Como puede apreciarse, la norma nacional no hace referencia a la legitimidad como sí lo hace el artículo 1529 del Código Civil español. Más bien añade el riesgo de la exigibilidad.

Si bien el legislador ubica el problema del riesgo en el acto de cesión, debemos tener en cuenta que el problema de la asignación de riesgos es un problema del título; es decir, del contrato translativo y no del modo, vale decir, en el caso peruano, del acto de cesión.

Esta responsabilidad del cedente determina, en el caso de que la situación jurídica subjetiva cedida sea inexistente, la obligación de restituir lo que hubiese recibido (por ejemplo: si el título fuera una compraventa) y de reembolsar los gastos.

Resulta importante destacar que nuestro Código no distingue entre cedente de buena o mala fe. Ni tampoco explica en qué consiste la responsabilidad.

Respecto a la responsabilidad por la exigibilidad del crédito cedido, cabe hacer algunas precisiones.

(20) GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. "Sistemas germánicos en cesión de créditos (I)". En: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLV, fsc. I, enero-marzo MCMXCII, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 111.

(21) PANUCCIO, Vincenzo. Ob. cit., p. 168.

Si lo que se cediera fuera un crédito sujeto a un plazo en beneficio del deudor (o de ambos), resulta claro que este estaría funcionando como un límite a la exigibilidad del crédito (si fuera en beneficio de ambos también funcionaría como límite a la prestabilidad), esto significa que el acreedor no puede pretender del deudor la ejecución de la prestación; en otras palabras, el crédito es inexigible hasta el vencimiento del plazo.

Podría pensarse que si se cede un crédito sujeto a plazo (en beneficio del deudor o de ambas partes), el cedente estaría obligado a responder frente al cesionario, lo cual no sería correcto, salvo que se hubiese establecido en el contrato que lo que se cedía era un crédito inmediatamente exigible.

La exigibilidad a la que se refiere el artículo 1212 del Código es una de carácter definitivo, como podría suceder en el caso de la prescripción[22].

Respecto a la ilegitimidad del transferente, tampoco nuestro Código hace ninguna referencia específica.

Nosotros consideramos que deben tenerse en cuenta los principios del sistema de transferencia de titularidades de situaciones jurídicas subjetivas. En tal sentido, debemos considerar como regla general el principio del *nemo plus iuris,* lo que significa que no procede la transferencia o cesión de un crédito ajeno.

En tal sentido, deben distinguirse dos supuestos:

1) Que el cesionario conozca que el cedente es el verdadero titular, en cuyo caso se aplicará lo visto para el supuesto de la propiedad;

2) Que el cesionario no conozca que el cedente es el verdadero titular, en cuyo caso el cesionario podrá rescindir el contrato (título) (artículos 1539 y 1541 del Código).

Adviértase que el riesgo de la inexistencia o de la ilegitimidad puede ser atribuido al cesionario, pero en tal caso, el cedente responde por el hecho propio.

DOCTRINA

NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Editorial Comares, Granada, 1988; PANUCCIO, Vincenzo. La cessione volontaria dei creditti nella teoria del trasferimento. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1955; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987; CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil. Editorial Montecorvo, Madrid, 1988; TRIMARCHI, Pietro. Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale. En: Interpretazione giuridica e analisi economica. A cura di Guido Alpa, Francesco Pulitini, Stefano Rodotà, Franco Romani. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, 3 Il Contratto. Giuffrè Editore, Milano, 1998; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. Sistemas germánicos en cesión de créditos (I). En: Anuario de Derecho Civil, Tomo XLV, fsc. I, enero-marzo MCMXCII. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid.

(22) Resulta importante tener en cuenta que para algunos autores las obligaciones naturales (la obligación prescrita es una obligación natural "degenerada") son deberes no jurídicos (ver al respecto GIORGIANNI, Michele. Ob. cit., pp. 107 y ss).

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Garantía de la existencia del crédito cedido

Conforme al artículo 1212 del Código Civil, el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido. Además, el cedente está obligado al saneamiento del crédito cedido, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1484 del mismo Código, lo que importa la evicción (Cas. N° 2875-2005-Lima)

Vale pacto por el que el cedente no se obliga a garantizar la existencia del crédito

{E}l Juez de la causa ha declarado Infundada en todos sus extremos la demanda acumulada, considerando sustancialmente que la disolución de la empresa concursada no puede ser imputada al Banco y servir, de fundamento para Solicitar la resolución del contrato; y que el Acuerdo Global de Refinanciación quedaba sin efecto con la liquidación de la empresa, pero dicha consecuencia jurídica no tiene que ser necesariamente similar a los efectos jurídicos de los actos celebrados por terceros que tuvieron por finalidad amortizar los pagos de la empresa sujeta a concurso, y que el hecho que ya no existiría sociedad en la cual capitalizar las acreencias que fueron materia de cesión, ello no es responsabilidad del Banco, porque de conformidad con lo que pactaron las partes y se encuentra autorizado por el artículo 1212 del Código Civil, el cedente no garantizaba la existencia y exigibilidad de las acreencias cedidas (Cas. N° 5149-2006-Lima).

Garantía de la solvencia del deudor

Artículo 1213.- ***El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar el deudor, salvo pacto distinto.***

Concordancias:
C.C. arts. 1212, 1214, 1438; LEY 26887 art. 28

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. La responsabilidad por la *bonitas nominis*. Aspectos generales

La responsabilidad por la *bonitas nominis* se refiere al riesgo por la insolvencia del deudor cedido.

Dado que la seguridad de los acreedores reside en la capacidad económica del deudor para hacer frente a sus obligaciones, o en palabras de Díez-Picazo: "(...) está en la solvencia entendida como aptitud del patrimonio para cumplir"(1), resulta importante determinar quién asume el riesgo de la insolvencia del deudor cedido en el caso de la transferencia de un crédito.

El Código Civil no define la insolvencia. No obstante, en el segundo párrafo del artículo 181, dicho Código(2) establece: "Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación".

Para Regnault(3), la garantía por la solvencia constituye un supuesto de vicio de la cosa. Lo que implica una confusión entre la situación jurídica subjetiva que se transfiere y el objeto sobre el cual recae. La insolvencia del deudor, como señala Panuccio, "constituye un riesgo conexo a la misma titularidad del crédito, un riesgo muy ligado a la naturaleza del derecho, para poder considerarse escondido o ignorado al acto del traspaso, como ocurre en la garantía por vicios"(4).

2. La asignación del riesgo por la insolvencia del deudor

Si se produce la cesión de un crédito ¿el "cedente" responde ante el "cesionario" en caso que el "deudor cedido" sea insolvente?

Al igual que en la responsabilidad por la *veritas nomini,* son las partes las que están en mejor situación de asignar el riesgo. No obstante supletoriamente, el artículo 1213 del Código señala lo siguiente: "El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto".

(1) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 389.
(2) Párrafo agregado por la 1ª disposición modificatoria del Código Procesal Civil.
(3) REGNAULT citado por PANUCCIO, Vincenzo. *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento.* Dott. A. Giuffrè, Milano, 1955, p. 187.
(4) PANUCCIO, Vincenzo, Ob. cit., p. 192.

El cedente no asume la responsabilidad por la solvencia del deudor cedido. Solo respondería si las partes así lo establecen expresamente, en cuyo caso, debe:

1) Reembolsar lo recibido como contraprestación (por ejemplo: el precio, si el título es una compraventa);

2) El pago de los intereses; y,

3) El reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor.

Debe advertirse que el cedente, cuando asume el riesgo de la insolvencia, solo responde dentro de los límites de cuanto ha recibido; en otras palabras, que no asume una responsabilidad por el valor nominal del crédito.

Para Bianca, la garantía de la solvencia tiene función "aseguradora": "Ella está dirigida en efecto a tutelar al cesionario contra el riesgo de un evento dañoso no imputable a las partes, y por tanto el riesgo de la insolvencia del deudor cedido"(5).

Navarro Pérez considera que cuando el cedente asume voluntariamente el riesgo de la insolvencia del deudor cedido, estamos frente a una institución de características peculiares. "El cedente, al asumir la garantía por la solvencia, no hace otra cosa que dar cabida a la posibilidad de que el negocio mediante el que se efectúa la cesión resulte disuelto como consecuencia del incumplimiento por parte del deudor cedido. **En definitiva, el pacto no significa otra cosa que la posibilidad de resolución del vínculo contractual como consecuencia del incumplimiento del deudor cedido**" (el resaltado es nuestro)(6).

La asunción del riesgo de la insolvencia del deudor cedido por parte del cedente implica la posibilidad de perder el derecho a la contraprestación si la hubiere, y a "readquirir" la titularidad del crédito. Como añade Navarro Pérez: "La peculiaridad de la institución reside propiamente en esto: la garantía por la solvencia es una garantía de tipo no satisfactorio, sino exclusivamente restitutivo"(7).

Panuccio, comentando el artículo 1267 del Código Civil italiano, señala: "que, en fin, la norma haya tenido presente en la especie un fenómeno de resolución de la relación precedente, resulta claramente de la obligación impuesta al cedente de restituir al cesionario los gastos del contrato. Obligación que es inconciliable con la idea que el contrato de cesión pueda, de todos modos, quedar con vida"(8).

Compartimos la opinión de Bianca cuando señala: "la restitución o el reintegro se refieren al contenido de la garantía más que a su función"(9).

Aun si solo responde dentro del límite de cuanto ha recibido, el cedente "readquiere" la titularidad del crédito por entero; es decir, en su valor nominal. En tal sentido, el cedente vuelve a convertirse en acreedor del deudor cedido.

Se trata no solo de restituir la titularidad del crédito sino, como dice Panuccio: "de restituir al sujeto la entera situación en la cual hoy se encontraría si de aquel bien no se hubiera

(5) BIANCA, Masimo. *Diritto Civile, 3 Il Contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 601.
(6) NAVARRO PÉREZ, José Luis. *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*. Comares, Granada, 1988, p. 206.
(7) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 208. En el mismo sentido PANUCCIO, Vincenzo. Ob. cit., p. 214.
(8) PANUCCIO, Vincenzo. Ob. cit., p. 203.
(9) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 601.

servido. Se trata, en fin, de restablecer la compleja situación patrimonial del sujeto en su estado originario y ello no sería realizado por la simple restitución del bien"[10].

Nuestro Código permite a las partes agravar la responsabilidad del deudor, en tal sentido Osterling Parodi y Castillo Freyre, comentando el artículo 1213 del Código, señalan: "Naturalmente, todas las obligaciones mencionadas regirán a falta de pacto contrario. En tal sentido, cedente y cesionario tendrán la más amplia libertad para modelar su relación contractual"[11]. Esto significa, entonces, que las partes podrían establecer el pago de la indemnización de daños en lo que se refiere al lucro cesante y obtener de esta manera el monto nominal del crédito cedido.

El Código Civil italiano, en cambio, no permite agravar la responsabilidad, así el artículo 1267 del Codice señala que: "cada pacto dirigido a agravar la responsabilidad del cedente no tiene efectos". Con lo que no se admitiría, en ningún caso, reclamar el lucro cesante, lo cual significa que no puede reclamarse, nunca, el valor nominal del crédito.

La limitación establecida por la ley es explicada por Bianca diciendo: "La prohibición legislativa está dirigida a evitar el peligro de especulaciones usureras dañosas para el acreedor, y a evitar aquello que la cesión deviene en la práctica el instrumento para procurar al cedente una suma para restituir al cesionario con un oneroso aumento"[12].

Pothier, citado por Bianca, escribía: "Si les vendo por 900 un crédito de 1000, que me obligo a pagar yo mismo si el deudor cedido no paga, es evidente la misma cosa que ustedes me presten 900 con mi obligación de restituir 1000"[13].

Sin embargo, encontramos una contradicción en dicho texto, pues de acuerdo con el *Codice*, si el cedente asume la garantía por la solvencia, entonces, no solo debe restituir "dentro de los límites de cuanto ha recibido" (además del reembolso de los gastos), sino que debe "resarcir el daño". Por tanto, nos preguntamos ¿no puede, acaso, reclamar el valor nominal del crédito por vía de daños y perjuicios?

Panuccio trata de explicar esta aparente contradicción señalando que la reparación del daño a la que se refiere el artículo 1267 del Código Civil italiano, no puede se interpretada en su normal extensión, pues: "caería *ipso facto* cada limitación de la garantía. Ya que en el daño que un contratante sufre es sin duda de computar la equivalente ganancia, que el contratante tenía la intención de obtener del contrato y que, a causa del incumplimiento de su deudor, no ha podido realizar, el cesionario podría con este título, bajo el nombre de lucro cesante, pretender el equivalente del entero valor nominal del crédito. Pero con ello, evidentemente, la obligación del cedente se extendería, sin lugar a dudas, al entero derecho del cesionario y no se distinguiría del todo de las comunes ilimitadas obligaciones de garantía. De tal manera, la garantía de la solvencia perdería cada límite, y es precisamente aquello que la ley no quiere. Es evidente, por consiguiente, que los daños no pueden ser atribuidos al cesionario, más allá de un cierto ámbito netamente señalado"[14].

(10) PANUCCIO, Vincenzo. Ob. cit., p. 218.
(11) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen XVI, Primera Parte, Tomo III. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1994, p. 541.
(12) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 599.
(13) POTHIER, citado por BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 599, nota (85).
(14) PANUCCIO, Vincenzo. Ob. cit., p. 219.

En otras palabras, la garantía de la solvencia del deudor consiste en colocar al cesionario en la misma situación en la que se habría encontrado si no se hubiese producido la cesión.

Al establecer el legislador que si el cedente garantiza la solvencia del deudor cedido, solo "responde dentro de los límites de cuanto ha recibido", haría pensar que solo ha querido referirse a las cesiones a título oneroso.

No obstante, como bien apunta Panuccio: "la idea de lo recibido es notablemente más amplia que la idea de la retribución, y se aplica sin duda a las donaciones modales y remuneratorias, por las cuales, en cada caso, no podría ser contestada la posibilidad de garantizar la solvencia"[15].

Asimismo, no encontramos justificación para negar una eventual responsabilidad del cedente por los gastos incurridos a causa de la cesión o por los gastos incurridos en la ejecución del deudor. Por tanto, podemos concluir que en las cesiones gratuitas también procede la garantía por la solvencia del deudor.

De acuerdo con nuestra legislación, en principio el riesgo de la insolvencia del deudor cedido es asumido por el cesionario, lo que significa que si el deudor cedido es insolvente, no podrá reclamar absolutamente nada al cedente.

Esta solución parte del supuesto de considerar que el cesionario tendrá que buscar la información requerida sobre la solvencia del deudor cedido. Esto es, que el cesionario tiene que actuar diligentemente en conocer "qué" adquiere.

No obstante, la información respecto a la solvencia del deudor es muy difícil de conseguir, lo que significa que los costos de transacción *ex ante* son elevados. Pero también existen costos de transacción *ex post;* es decir, que el cesionario deberá "controlar", mientras esté vigente la relación, la solvencia del deudor cedido.

Sin duda alguna, una solución de este tipo incrementa los costos de transacción, por lo que se dificultará notablemente la posibilidad de recurrir a este tipo de negocios, salvo que el cedente asuma el riesgo de la insolvencia.

Ello nos lleva a pensar que la solución adecuada sería la inversa, esto es que el cedente asuma la responsabilidad por la solvencia, salvo pacto en contrario[16].

El Código Civil español no asigna al cedente el riesgo por la insolvencia del deudor cedido a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuese anterior y pública. En otras palabras, el cedente asume el riesgo si así lo han acordado las partes o si *la insolvencia fuese anterior y pública.*

Si la insolvencia fuese anterior y pública, entonces el cesionario tendría acceso a la información, en otras palabras, se reducen los costos de transacción *ex ante* y, por tanto, no llegamos a comprender por qué es el cedente quien debe asumir el riesgo.

Cabe apreciar que nuestro Código no distingue la buena o la mala fe.

(15) Ibídem, p. 221.

(16) Bianca reconoce que es frecuente que el cedente asuma la garantía por la solvencia del deudor (BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 598).

La solvencia no debe existir al momento de la cesión, pues entonces debería admitirse que el cedente está obligado a garantizar aun si el deudor cedido, insolvente al momento de la cesión, haya después cumplido en un momento posterior.

Compartimos la opinión de Panuccio en el sentido de que: "(...) la garantía de la solvencia se refiere al momento en el cual el crédito deviene líquido y exigible y el cedido está en incumplimiento, siempre que el cesionario haya usado la necesaria diligencia para la recuperación del crédito mismo"[17].

3. La garantía del cumplimiento

Un problema distinto a la garantía por la insolvencia del deudor, es la garantía del cumplimiento.

El riesgo del incumplimiento es el riesgo propio de cualquier relación obligatoria y, en tal sentido, el Derecho debe proporcionar los mecanismos necesarios que garanticen el cumplimiento de la prestación comprometida, permitiendo el fluido tráfico de bienes.

Como ya lo vimos: "La tarea del ordenamiento jurídico de reconstruir una regulación contractual perfecta, según la pauta del contrato perfecto, nos remite de golpe al Derecho dispositivo. Este tiene preparadas 'reglamentaciones supletorias' para determinados tipos básicos de relaciones contractuales en caso de que las partes no hayan llegado a acuerdos sobre determinados puntos que necesitan regularse"[18]. Bajo esta tónica, el ordenamiento jurídico atribuye el riesgo del incumplimiento al deudor por las razones que hemos visto.

Pero las partes quedan, dentro de ciertos límites[19], con libertad para atribuir el riesgo a otros sujetos. Así, por ejemplo, al acreedor o a terceros. Esto último sucede en el caso de las garantías otorgadas por terceros.

En tal sentido, el segundo párrafo del artículo 1438 del Código, referente a la cesión de posición contractual, establece que: "Es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador".

Esto significa que el cedente se obliga frente al cesionario a cumplir determinada prestación, en garantía de la obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor cedido.

Lo mismo sucederá, analógicamente, en el caso de la cesión del crédito. En este caso, en principio, el cedente responde por entero, sin ninguna limitación.

DOCTRINA

DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I. Civitas, Madrid, 1996; PANUCCIO, Vincenzo. La cessione volontaria dei creditti nella teoria del trasferimento. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1955; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, 3 Il Contratto. Giuffrè Editore, Milano, 1998; NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Editorial Comares, Granada, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; SCHAFER, Hans-Bernd y otro. Manual de Análisis Económico del Derecho Civil. Tecnos, Madrid, 1986.

(17) PANUCCIO, Vincenzo. Ob. cit., p. 194, nota (246).

(18) SCHAFER, Hans-Bernd y otro. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 282.

(19) Ver en tal sentido lo relativo a las cláusulas limitativas de la responsabilidad. Al respecto, ver el artículo 1328 del Código.

Cesión legal

Artículo 1214.- *Cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor.*

Concordancias:
C.C. art. 1213

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

Conjuntamente a la cesión voluntaria, existen casos en los que la transferencia de la situación jurídica activa de la relación obligatoria, opera por mandato de ley.

Si bien a la cesión legal le son aplicables por analogía muchas de las normas vistas para la cesión voluntaria, no ocurre lo mismo respecto de las garantías en la cesión; así, cuando se trata de una cesión legal, el cedente no está obligado a garantizar ni la existencia ni la solvencia del deudor.

DOCTRINA

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

Inicio de los efectos de la cesión

Artículo 1215.- ***La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que este la acepta o le es comunicada fehacientemente.***

Concordancias:
C.C. art. 1216

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. La notificación: naturaleza jurídica

Como se ha señalado, la cesión es un contrato y, en tal sentido, produce efectos solo entre las partes que lo otorgan. Sin embargo, es necesario que dicho acto produzca efectos respecto al sujeto pasivo cedido, el cual, respecto de la cesión, es un tercero calificado.

El deudor cedido es una figura particular de tercero. Se trata de un tercero calificado pues es un sujeto esencial en el desarrollo de la relación obligatoria. Por tanto, debe advertirse que la calidad de tercero solo la asume en la medida en que no ha intervenido en la cesión y, por tanto, no puede verse lesionado en los intereses que la ley le reconoce.

En tal sentido es necesario, para oponer la cesión al deudor cedido, que este *tenga conocimiento* de ella. La notificación constituye el medio a través del cual se pone en conocimiento (legal) del deudor cedido el acto, alcanzándole plenamente la eficacia. Pero cabe advertir con Panuccio que: "La notificación, como lo dice la misma palabra, no es sino la actividad dirigida a producir conocimiento. Y el conocimiento que aquí se trata de determinar es aquel del deudor respecto al negocio translativo al cual, en el origen, fue extraño"[1].

Navarro Pérez define la notificación: "como una actividad encaminada a poner en conocimiento del deudor la realización de un negocio de cesión, con el objeto de vincularse a la nueva situación"[2].

Para Sotgia, la notificación constituye un medio de publicidad respecto del deudor cedido y de los terceros. Según el autor italiano esta tesis es: "la más apropiada a la realidad fenomenológica de la cesión (...)"[3].

Para nosotros, en cambio, la notificación no constituye una forma de publicidad. En este sentido, Navarro Pérez dice: "Rechazamos toda catalogación de la notificación como figura de publicidad declarativa, porque no reviste los requisitos ni cumple la finalidad que son esenciales en las figuras de publicidad"[4].

La publicidad como señala Díez-Picazo: "no es en rigor otra cosa que la actividad tendente a lograr que algo sea público. Y público es lo que resulta manifiesto, conocido o notorio. Cuando se habla de publicidad en el Derecho Privado se alude a una fundamental necesidad

(1) PANUCCIO, Vincenzo. *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1955, p. 95.
(2) NAVARRO PÉREZ, José Luis. *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*. Comares, Granada, 1988, p. 112.
(3) SOTGIA, Sergio. "Voce: Cessione di crediti e di altri diritti". En: *Novissimo Digesto Italiano*. Volume III. Unione Tipográfica-Editrice Torinese, Torino, 1959, p. 158.
(4) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 113.

de que determinados actos o negocios jurídicos entre partes puedan ser conocidos por la comunidad o, por lo menos, que se faciliten los medios para que puedan serlo"[5].

La notificación, en cambio, no está dirigida a la comunidad o a la generalidad de las personas, sino a un sujeto determinado: el deudor cedido. Es una declaración de voluntad recepticia dirigida al deudor cedido.

Concordamos, entonces, con Navarro Pérez cuando señala que: "(...) no puede hablarse de publicidad en la notificación, porque la nota caracterizadora de las figuras de publicidad reside en ser manifestaciones o declaraciones no recepticias, dirigidas a la comunidad en general"[6].

En este caso, la notificación constituye un mecanismo para brindar información que implica menores costos de transacción. En efecto, como señala Bullard, un sistema que permite la exclusión tiene un costo, precisamente el costo principal es el de publicitar el derecho. En titularidades oponibles *erga omnes* resulta menos costoso a través de la existencia de un Registro Público. En cambio, en titularidades *inter partes,* resulta menos costosa que implementar un Registro Público la notificación al deudor cedido[7].

Al respecto el artículo 1215 del Código, señala:

> "Artículo 1215.- La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que este la acepta o les es **comunicada fehacientemente**" (el resaltado es nuestro).

El artículo 1.527 del Código Civil español nos parece mucho más preciso cuando señala: "El deudor que antes de tener *conocimiento* de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación".

2. La forma de la notificación o comunicación

La notificación o comunicación, siguiendo la terminología utilizada por nuestro Código, no requiere una forma prevista en la ley y, siendo una declaración de voluntad recepticia, resultan de aplicación analógica los artículos 1373 y 1374 del Código; es decir que la comunicación se entenderá, en principio, perfeccionada, cuando sea conocida por el destinatario, existiendo la presunción de que la comunicación se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario.

3. ¿Quién debe notificar?

Para Navarro Pérez, la carga de comunicar o notificar corresponde al cedente. "El será responsable de las consecuencias que pudieran derivar de su omisión. Ahora bien, esto no quiere decir en absoluto que al cesionario le esté vetado notificar"[8].

Según Julio Vicente Gavidia, parece lógico que: "el que cede sea el que inste la notificación de la cesión, mientras que el cesionario necesite acreditar el título de adquisición, porque aquel actúa contra su propio interés, en principio, en tanto que este en su propio favor insta la notificación"[9].

(5) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial.* Vol. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 238.
(6) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 113.
(7) BULLARD GONZALES, Alfredo. "Un mundo sin propiedad (análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble)". En: *Derecho.* Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre, Lima, 1991, p. 139.
(8) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 115.
(9) GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. "La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión inter vivos de otros bienes". En: *Anuario de Derecho Civil.* Tomo XLIII, fascículo IV,

Resulta claro que el principal interesado en la comunicación resulta ser el cesionario, pues mientras ella no ocurra el deudor cedido no quedará obligado para con él. Pero también debe tenerse presente que el cesionario no tiene, hasta ese momento, ningún vínculo con el deudor cedido, por lo que parece dudoso pensar que bastaría la mera comunicación por parte del cesionario. Este tendría que demostrar la certeza de su comunicación, lo que constituye un argumento que justifica la forma *ad solemnitatem* de la cesión.

Al admitirse que el cesionario puede efectuar la notificación, el deudor cedido deberá ser diligente y "constatar" la veracidad de aquella. Pero el problema podría presentarse si al "constatar" la veracidad de la comunicación efectuada por el cesionario, el cedente, con evidente mala fe, la niega y recibe el pago. ¿Puede considerarse que el deudor cedido conocía la cesión, si el cesionario prueba que notificó?

La notificación del cedente, sin duda alguna, resulta más que suficiente y, por tanto, creemos que la carga de la notificación o comunicación, en principio, corresponde al cedente. No obstante, salvo los inconvenientes antes señalados, creemos que también es posible la comunicación por parte del cesionario, en la medida en que proporcione las pruebas correspondientes.

En este sentido, Bianca dice: "No basta, en cambio, la notificación de la cesión hecha por quien pretende ser cesionario si ella no es documentada. Respecto al deudor, en efecto. La notificación asume la función de ponerlo en conocimiento de la cesión, y tal función no puede ser absuelta por una comunicación que dé una noticia no demostrada, no idónea para vencer la presunción de titularidad en cabeza del acreedor originario"(10).

4. El destinatario de la notificación

El destinatario de la notificación es, evidentemente, el sujeto pasivo cedido.

5. La aceptación del sujeto pasivo

El artículo 1215 del Código señala lo siguiente:

> "Artículo 1215.- La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde **que este la acepta** o le es comunicada fehacientemente" (el resaltado es nuestro).

Previamente resulta oportuno reiterar que, de acuerdo con nuestro Código, la cesión es un contrato modificatorio entre el cesionario y el cedente, en el cual no necesita intervenir el deudor cedido. En tal sentido, la expresión *aceptación* que se utiliza en el artículo antes transcrito, no constituye una de las declaraciones de voluntad que conforma el consentimiento.

No es pues necesaria, para la perfección de la cesión, ninguna manifestación de voluntad de parte del deudor cedido. La cesión surtirá efectos respecto al deudor cedido desde que este toma conocimiento de ella y, como ya vimos, este puede ser obtenido por cualquier medio, aunque el normal será la comunicación o notificación.

El consentimiento o la aceptación del deudor cedido resulta necesario, a nuestro juicio, en dos supuestos:

---

octubre-diciembre, MCMXC, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid. En el mismo sentido Navarro Pérez considera que en la legislación española hay argumentos suficientes para hacer la carga de la comunicación sobre el cedente (NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 114).

(10) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. L'obbligazione.* Volume IV. Giuffrè, Milano, p. 605.

1) En la medida en que la cesión modifique la posición del deudor pues, como señala Navarro Pérez, "la situación del deudor no puede empeorarse por virtud de cesión"[11]; y

2) En el caso que entre el "sujeto activo originario" y el "sujeto pasivo" exista un pacto por el cual se prohíbe o restringe la cesión (pacto de *non cedendo*). Dicho acuerdo no impediría que, sin embargo, en los hechos, el "sujeto activo" ceda su crédito, lo que no podría ser opuesto al "sujeto pasivo cedido", salvo que este "acepte" la cesión[12].

De la misma opinión es Bianca cuando señala: "La aceptación del deudor condiciona el efecto traslativo, cuando objeto de la cesión es un crédito personal o negocial o legalmente inmedible. Pero ni siquiera esta intervención del deudor integra la participación al contrato de cesión, limitándose a remover el vínculo de incedibilidad del crédito. Esto se califica más bien como acto de autorización privada"[13].

Resulta claro, entonces, que la transferencia del crédito será oponible al deudor cedido en la medida en que tenga conocimiento de la cesión. En tal sentido, Panuccio puntualiza: "...la cesión es ciertamente eficaz respecto al deudor cedido a partir de un cierto momento, determinado alternativamente por los tres conceptos de aceptación, de notificación y de conocimiento. Estos tres conceptos se pueden sin duda reducir al mínimo denominador común del último, porque tanto la aceptación cuanto la notificación implican respecto al deudor un conocimiento o actul o al menos posible (...)"[14].

La cesión, por tanto, produce efecto respecto del deudor, cedido desde el momento en que este se informa de ella (conocimiento directo o indirecto).

Una vez que el deudor cedido **conoce** de la cesión puede proceder de la siguiente manera:

1) El deudor cedido puede mostrar su conformidad con la cesión producida;

2) El deudor cedido puede mostrar su rechazo respecto a la cesión producida; o

3) El deudor cedido puede, simplemente, guardar silencio.

Las dos primeras posibilidades suponen, de parte del deudor cedido, una actitud; es decir, una disposición de ánimo manifestada exteriormente respecto de la cesión realizada. La última, el silencio del deudor cedido.

El silencio, de conformidad con el artículo 142 del Código, no importa manifestación de voluntad.

El artículo 1292 del Código establece lo siguiente:

> "Artículo 1292.- El deudor **que ha consentido** que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a este la compensación que hubiera podido oponer al cedente" (el resaltado es nuestro).

(11) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 123.
(12) BARBERO, Doménico. *Sistema de Derecho Privado*. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, pp. 294-295.
(13) BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 581.
(14) PANUCCIO, Vincenzo. Ob. cit., p. 70.

Si el deudor "consiente" o "acepta" la cesión, entonces renuncia a la posibilidad de oponer la compensación de las deudas que tiene con el cedente.

Así, por ejemplo, *Primus* debe a *Secundus* S/ 200.00. A su vez, en virtud de un contrato distinto, *Secundus* debe a *Primus* S/ 100.00. En relación a la primera deuda, *Secundus* cede su crédito a *Tertius*. Si *Primus* no consiente la cesión, podría oponer a *Tertius* la compensación respecto a los S/ 100.00 que *Secundus* le debe.

Se establece la presunción legal de que el deudor que consiente renuncia tácitamente a oponer la compensación al cesionario. Al respecto, Navarro Pérez señala: "El consentimiento a la cesión lleva implícita la renuncia a la compensación anterior a la fecha del conocimiento de la transferencia del crédito"[15].

El silencio o el rechazo de la cesión realizada no suponen renuncia a la posibilidad de oponer la compensación. Debe quedar claro que la compensación procederá solamente por las deudas contraídas hasta el momento en que el deudor toma conocimiento de la cesión. Así, León Barandiarán señalaba: "En cuanto al crédito posterior a la aceptación o a la notificación de la cesión, la compensación no puede ser procedente, porque aquella requiere que se trate de crédito entre personas recíprocamente acreedoras y, en tal caso, el cedente, que viene a ser deudor del cedido, ya no es acreedor de este, desde que cedió el crédito que contra él tenía, a un tercero, el cesionario"[16].

6. La renuncia a la información por parte del deudor

Para nosotros, la renuncia al conocimiento de la cesión por parte del deudor, supone una aceptación o consentimiento anticipado a la cesión que pueda producirse.

Navarro Pérez, de acuerdo con el Código Civil español, considera que la renuncia al conocimiento de la cesión por parte del deudor es perfectamente lícita[17].

Nosotros creemos que lo mismo puede afirmarse tratándose de nuestro Código, en tal caso el deudor cedido asume el riesgo de tener que volver a pagar al cesionario, en caso de haberlo hecho al cedente. Es decir, el deudor cedido que renunció al conocimiento de la cesión no quedará liberado ante el cesionario, si cumple la cesión respecto al cedente.

DOCTRINA

PANUCCIO, Vincenzo. La cessione volontaria dei creditti nella teoria del trasferimento. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1955; NAVARRO PÉREZ, José Luis. La cesión de créditos en el Derecho Civil español. Editorial Comares, Granada, 1988; SOTGIA, Sergio. Voce: Cessione di crediti e di altri diritti. En: Novissimo Digesto Italiano, Vol. III. Unione Tipográfica-Editrice Torinese, Torino, 1959; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I. Civitas, Madrid, 1996; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Un mundo sin propiedad (análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble). En: Derecho, diciembre 1991. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión inter vivos de otros bienes. En: Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIII, fsc. IV, octubre-diciembre MCMXC. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, L'obbligazione, Vol. IV. Giuffrè Editore, Milano; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1956.

(15) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 124.

(16) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano*. Tomo II. Ediar Editores, Buenos Aires, 1956, p. 516.

(17) NAVARRO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 121.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La cesión debe ser notificada al deudor cedido para que sea eficaz frente a él

Consideramos pertinente resaltar que si bien en la resolución de vista se analiza la inexigibilidad del Pagaré N° 821790, Pagaré N° 821993 y Letra de Cambio S/N a la vista; también se pronuncia sobre la notificación de la cesión de derechos prevista en el artículo 1215 del Código Civil, concluyendo que la cesión de garantías efectuada a favor del Ministerio de Economía y Finanzas - MEF no tiene efectos jurídicos sobre el cedido por cuanto se incumplió con la comunicación fehaciente ni tampoco fue aceptada por el deudor. Este extremo, fue el agravio principal del recurso de apelación del ejecutado, el cual ha sido absuelto en la sentencia de vista, por lo tanto, el extremo denunciado deviene en infundado (Cas. N° 2252-2012-Lambayeque).

La inscripción registral de la cesión es una forma de comunicación al deudor

{S}e puede concluir que –el artículo 1215 del Código Civil– no tiene nexo de causalidad con la resolución dictada en autos, y que sea susceptible de análisis casatorio; aun así, conforme ya se ha señalado, el supuesto del artículo mil doscientos quince del Código Civil si se cumple en el caso de autos, puesto que, como también ha hecho mención expresa la Sala Superior, el deudor ha sido comunicado de la cesión de derechos, puesto que esta corre inscrita en los Registros Públicos, siendo una verdad legal, prevista en el artículo dos mil doce del Código Civil, que este y todos los coejecutados, así como todos los agentes económicos, tienen conocimiento pleno del contenido de los asientos registrales, no pudiendo alegar su ignorancia {...}; siendo esto así, la aplicación de la norma invocada no cambia la decisión adoptada por las instancias, por lo que este extremo deviene en infundado (Cas. N° 372-2006-Arequipa).

La ineficacia por falta de comunicación solo es un requisito de oposición frente al deudor cedido

{L}a cesión de derechos puede hacerse aún sin el asentimiento del deudor, de modo tal que la notificación a este último es para que produzca efecto en relación al deudor cedido y no respecto a la validez misma de la cesión que desde ya produce efecto entre las partes; de modo tal que quien debe alegar la falta de notificación de la cesión es el mismo deudor cedido; empero, es la parte demandada que se ha dado por enterada de dicha cesión y peticiona que surtan sus efectos frente a ella como deudora cedida; por consiguiente, la supuesta falta de notificación al deudor cedido es un agravio ajeno a la empresa actora, no estando legitimada para formularla en sede casatoria (Cas. N° 4801-2008-Callao).

La eficacia de una cesión hipoteca surge a partir de la fecha de inscripción

Habiéndose producido la cesión del derecho de crédito cedido en este caso de una hipoteca, esta surtió efecto frente al deudor a partir de la fecha en que se le notificó, como dispone el artículo 1215 del Código Civil, y tratándose de una hipoteca, a partir de la fecha de la inscripción de dicha cesión en el Registro Público (Cas. N° 2875-2005-Lima).

Excepción a la liberación del deudor por cumplimiento de la prestación

Artículo 1216.- *El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si este prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada.*

Concordancias:
C.C. art. 1215

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. El conocimiento indirecto de la cesión por parte del deudor cedido

Hemos señalado que lo importante para que la cesión produzca efectos respecto del deudor cedido es que este tome conocimiento de la cesión. Dicho conocimiento puede ser obtenido directamente a través de una comunicación o notificación o, también, puede ser obtenido de una manera indirecta.

El conocimiento indirecto debe ser probado por el cesionario y supone, posiblemente, una mayor dificultad.

En tal sentido el artículo 1216 del Código establece que:

> "Artículo 1216.- El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario **si este prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada**" (el resaltado es nuestro).

2. Consecuencias de la falta de información

Mientras el deudor cedido no tenga conocimiento de la transferencia del crédito, es evidente que seguirá considerando como su acreedor al cedente. Por ello, el artículo 1216 del Código dispone:

> "Artículo 1216.- El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si este prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada".

La explicación de la eficacia liberatoria del pago efectuado al cedente antes de la notificación de la cesión, puede resumirse en el sentido de que el cedente sigue siendo el verdadero titular del crédito o porque el cedente debe ser reputado como "acreedor aparente"[1].

Para Gavidia Sánchez: "(...) la razón de ser del efecto liberatorio del pago hecho al cedente antes de la notificación de la cesión no es otra que el hecho de que el *accipiens* sigue siendo para el deudor el verdadero (y único) acreedor"[2].

(1) Julio Vicente Gavidia añade una tercera explicación: porque el cedente está autorizado por la ley para el cobro (GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. "El sistema codificado francés de cesión de créditos". En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLIV, fascículo II, abril-junio, MCMXCI. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 498.

(2) Ibídem, p. 500.

Para nosotros, se trata de un supuesto de protección a la apariencia jurídica. En tal sentido, antes que el deudor cedido tome conocimiento de la cesión, el acreedor original es, respecto al cedido, un "acreedor aparente"[3].

El acreedor aparente es aquel que aparece como acreedor verdadero, sin serlo por cualquier causa. Como señala Cano Martínez: "Se aparece como acreedor cuando las circunstancias objetivas le señalan a uno y lo hacen verosímilmente (aspecto subjetivo). Tales circunstancias han de ser coherentes, o sea no chocar unas, que dicen ser alguien acreedor, con otras, que lo nieguen, pues estas, en tal caso, deben poner en guardia la diligencia del deudor para averiguar la verdad. O sea, se trata de que todo lo señale como auténtico acreedor"[4].

En tal sentido resulta oportuno citar el artículo 1225 del Código:

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

La posesión del derecho de cobrar no se refiere a la detentación material del título respectivo en el momento del cobro, se alude a aquellos supuestos en que durante un cierto tiempo anterior al pago, alguien ha gozado pacífica y públicamente de la calidad de acreedor, con prescindencia de que lo fuese o no verdaderamente.

La protección del deudor cedido, frente al acreedor aparente, pretende reducir los costos de transacción, que implicaría, a todos los deudores, tener que informarse si se ha producido una cesión.

La carga de la prueba que el deudor cedido conocía de la cesión, corresponderá al cesionario, quien de no poderlo probar solo podría reclamar el pago del cedente.

DOCTRINA

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia. Bosch. Barcelona, 1990; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión inter vivos de otros bienes. En: Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIII, fsc. IV, octubre-diciembre MCMXC. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

(3) En este sentido, CANO MARTÍNEZ, José Ignacio. *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Bosch. Barcelona, 1990, p. 76.

(4) Ibídem, p. 73.

Artículo 1217.- *Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que este hubiera aceptado. (DEROGADO) (*)*

(*) El artículo 1217 fue derogado por la sexta disposición final de la Ley N° 28677 del 01/03/2006.

SECCIÓN SEGUNDA
EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Transmisión de las obligaciones

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

Concordancias:
C.C. arts. 1149, 1363, 1459, 1465, 1487, 1733, 1763, 1803, 1804; C.T. arts. 25, 26, 167; LEY 26887 art. 276

MANUEL MURO ROJO

La norma del artículo 1218 del Código Civil vigente representa uno de esos casos en que el Derecho actual se aparta de sus remotos antecedentes del Derecho Romano, asumiendo respecto del tema de la transmisión de las obligaciones una posición diametralmente opuesta. En efecto, en el Derecho Romano de las primeras épocas no se admitía la transmisibilidad de las obligaciones por ninguna causa, mientras que hoy en día dicha transmisibilidad es moneda corriente en las legislaciones de casi todos los países.

Osterling y Castillo (p. 19) explican las razones de la rigidez de la regla romana, las mismas que pueden resumirse en lo siguiente: (i) las obligaciones estaban conceptualizadas como vínculos fundamental y esencialmente personales y formalistas, de modo que el cumplimiento solo podía ser exigido a las personas que ostentaban la calidad de parte de la relación jurídica o que de algún modo estuvieren ligadas a la obligación; (ii) sobre la base del vínculo personal tal como era concebida la obligación, el deudor respondía inclusive con su persona, además de su patrimonio, por lo que era pues impensable la transmisibilidad de la obligación; y (iii) la circulación de bienes y valores no era una preocupación esencial en aquellos tiempos, habida cuenta que la economía del pueblo romano descansaba básicamente en las actividades agrícolas y ganaderas.

Se puede apreciar, pues, que en este contexto histórico la regla *res inter alios* regía en toda su plenitud, toda vez que las obligaciones no tenían efecto alguno respecto de terceros. Solo más adelante, en épocas más desarrolladas del Derecho Romano, se llega a admitir la transmisión de las obligaciones por causa de muerte, sobre la base de elementos de orden espiritual y patrimonial (en este último caso, como una prolongación del derecho de propiedad); de manera que primero se acepta la idea de trasladar a los herederos la parte activa del patrimonio del causante (derechos), y posteriormente también la parte pasiva del mismo, esto es, las obligaciones.

En el Derecho nacional, los antecedentes del artículo 1218 permiten apreciar que la idea de la transmisión de las obligaciones era desde ya aceptada; el Código Civil de 1852 establecía que los contratantes se obligaban para sí y para sus herederos, a no ser que se hubiera expresado lo contrario o así resultara de la naturaleza del convenio (artículo 1260). A su turno, el

artículo 1232 del Código de 1936 señalaba que la obligación, cuando no era inherente a la persona, se trasmitía a los herederos.

Esta opción de transmisibilidad se fundamenta, como dice De Diego (citado por León Barandiarán, p. 242) en que "(...) las necesidades prácticas mostraron aquí, antes que en parte alguna, los defectos inherentes a la intransmisibilidad de las obligaciones, la imperfección del sistema se vio en la sucesión universal antes que en la singular. El hecho que créditos y deudas no pasen a los herederos, impide toda seguridad en las relaciones jurídicas y oponen al desenvolvimiento del crédito un obstáculo insuperable, subordinando a las contingencias de la vida humana la existencia del derecho personal. La sucesión en las obligaciones a título universal significa, pues, una necesidad de urgente satisfacción en toda legislación medianamente avanzada. Mas, para llegarla a concebir técnicamente, es menester remontarse al concepto de patrimonio como un conjunto o entidad jurídica; pasando este al heredero, en él y con él pasan créditos y deudas como con el todo pasan las partes".

En esa línea de pensamiento, la norma del artículo 1218 del Código vigente no hace sino ratificar la vigencia y reconocimiento de dicho principio de transmisibilidad, concediéndole no obstante un tratamiento más acabado respecto de sus antecedentes. Así, la norma establece que las obligaciones se trasmiten a los herederos, salvo en tres casos: (i) cuando la obligación es inherente a la persona, (ii) cuando la transmisión está prohibida por la ley, y (iii) cuando las partes han pactado la no transmisibilidad.

Puede apreciarse que el artículo comentado guarda estrecha relación con las normas de los artículos 660 (Libro de Sucesiones) y 1363 (Libro de Fuentes de las Obligaciones: Contratos, Parte General); y en su aplicación también ha de concordarse con otras normas del mismo Código y del resto del sistema.

En cuanto al artículo 660, si bien según este la transmisión opera respecto de los sucesores (concepto más amplio que comprende a herederos y legatarios), es claro que en el extremo referido a las obligaciones, estas solo pasan a una clase de sucesores: los herederos; mientras que los bienes y derechos sí se trasladan a todos los sucesores en general. En otras palabras, la transmisibilidad de obligaciones no opera respecto de sucesores a título singular (Cfr. León Barandiarán, p. 242). A su turno, el artículo 1363 del Código, al regular la relatividad de los contratos, establece que estos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles; concordando así con el artículo bajo comentario.

Supuestos especiales del enunciado general del artículo 1218 (las obligaciones se trasmiten a los herederos), son, por ejemplo, el artículo 1487 (tanto la obligación como el derecho de saneamiento se trasmiten a los respectivos herederos), y el artículo 1929 (cuando el deudor de la renta muere antes que el tercero en cuya cabeza se ha establecido su duración, la obligación se trasmite a los herederos de aquel).

Los casos de excepción, esto es, de intransmisibilidad son entonces:

- *Obligación inherente a la persona.*- En este caso la prestación solo puede ser cumplida por la persona elegida en función de sus calidades y cualidades personales, por lo que no se puede pretender que el heredero efectúe el cumplimiento, aun teniendo calidades o cualidades parecidas (salvo que el acreedor lo autorice). Esta posibilidad se presenta, desde luego, en las obligaciones cuyo objeto consiste en una prestación de hacer, tales como en los contratos de prestación de servicios, contratos derivados de la propiedad intelectual, entre otros; mas es muy difícil que se dé en las obligaciones con prestaciones de dar y menos aún en las de no hacer.

- *Transmisión prohibida por la ley.-* En este caso es la propia ley la que ordena que el cumplimiento de la prestación no se traslade a los herederos. Caso típico, por ejemplo, en el Código vigente, se da en el contrato de comodato; en efecto, conforme al artículo 1733, las obligaciones derivadas de este contrato no se trasmiten a los herederos del comodatario; sin embargo, la transmisión sí es posible cuando el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no pueda suspenderse. Igualmente, en el caso del usufructo, pues conforme al artículo 1021 este se extingue por muerte del usufructuario.
- *Pacto de intransmisibilidad entre las partes.-* En este caso las mismas partes le han dado carácter intransmisible a la obligación que han concertado, descansando la intransmisibilidad solo en dicho pacto, aun cuando la obligación en sí misma no fuese inherente a la persona o cuya transmisión no estuviese vedada por la ley. Es claro que esta excepción regiría aunque no estuviera contemplada en el Código; en todo caso, lo importante es que el pacto de intransmisibilidad sea expreso o esté manifestado de una manera indubitable.

Finalmente, dos atingencias: una, que el artículo 1218 no incluye como una excepción más a la regla de la transmisibilidad de las obligaciones, a aquellas que por su naturaleza no sean susceptibles de transmisión; sin embargo, de una interpretación extensiva del artículo en cuestión, debe considerarse también este caso. Y dos, que una vez transmitida la obligación a los herederos, esta debe ser satisfecha con los bienes que conforman la masa hereditaria, mientras la herencia permanezca indivisa; y luego de la partición cada heredero responderá por la obligación del causante en proporción a su cuota hereditaria (Cfr. Artículos 661, 662 y 871 del Código Civil).

DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. De las Obligaciones. Temis, Bogotá, 1983; WAYAR, Ernesto. Derecho Civil. Obligaciones. Depalma, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Transmisión de la obligación de suscribir la escritura pública

{E}l artículo 1218 del acotado código, establece que "La obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la Ley o se ha pactado en contrario"; por tanto, al no tratarse el derecho discutido, de uno inherente a la persona, por cuanto resulta factible de ser transmitido a sus herederos por la muerte del titular, tampoco prohibido por Ley y tampoco existe pacto en contrario, corresponde que se cumpla a sus propios términos, de conformidad con el citado artículo 1361 del cuerpo legal invocado ***(Cas. N° 3161-2015-Huaura).***

Transmisión de la obligación a los herederos

Se ha acreditado el fallecimiento del causante del daño con anterioridad a la fecha de interposición de la demanda, por lo tanto, la pretensión ha sido correctamente dirigida a sus herederos legales integrantes de la sucesión por ser esta la llamada a asumir las obligaciones que pudiera haber dejado su causante, incluso las derivadas de la indemnización por responsabilidad civil, por no ser intuito personae. Por lo tanto, la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, resulta infundada ***(Cas. N° 4124-2006-Ica).***

El resarcimiento no es una obligación *intuito personae*

La indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por un director a la sociedad no es una obligación intuito personae, sino que la misma puede ser cumplida a plenitud por los herederos del citado director (causante) ***(Cas. N° 4124-2006-Ica).***

Derechos y acciones del acreedor como efecto de las obligaciones

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

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

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

3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.

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

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

Concordancias:
C.C. arts. 1150, 1151, 1152, 1158, 1159; LEY 26702 art. 179; LEY 26887 arts. 22, 80, 422, 424, 431

GIOVANNI PRIORI POSADA

Si el ordenamiento jurídico reconoce al acreedor un derecho (es decir, una situación jurídica de ventaja) es porque su interés ha merecido un juicio positivo por parte del ordenamiento; siendo ello así, es preciso que el propio ordenamiento le otorgue diversos mecanismos de protección o tutela que garanticen la efectividad de esa situación jurídica. Si ello no es así, no se podría realizar el interés del acreedor que se busca sea satisfecho por medio del crédito.

Esos mecanismos para hacer efectiva esa situación jurídica han ido variando con el transcurso de la historia, y dicha variación ha ido de la mano con la propia evolución de la noción de obligación.

En el Derecho Romano se establecía una responsabilidad personal del deudor por las obligaciones que asumía, ello debido a que la *obligatio* romana generaba un vínculo sobre la persona del deudor, lo que facultaba al acreedor a disponer de la vida o de la libertad de su deudor en los casos en los que este incumpliera *(nexum)*. En este caso el mecanismo de tutela iba dirigido a la persona del deudor y no a su patrimonio, precisamente, debido a la noción que se tenía de *obligatio*. Conforme fue evolucionando la noción de *obligatio*, los medios de protección del crédito comenzaron a dirigirse tanto a la persona como al patrimonio del deudor.

Posteriormente, la responsabilidad dejó de ser personal para pasar a ser únicamente patrimonial, derogándose e incluso prohibiéndose constitucionalmente toda disposición que estableciera la prisión por deudas. Ante ello se traslada la esfera de la responsabilidad de la persona al patrimonio del deudor y con ello los mecanismos de tutela del crédito se dirigen también al patrimonio del deudor.

Esa responsabilidad patrimonial supone que todo el patrimonio del deudor se encuentra vinculado como una especie de garantía al cumplimiento de la obligación, o dicho de otra forma, el deudor responde con todo su patrimonio por el cumplimiento de las obligaciones asumidas; lo que constituye una conquista de la edad moderna. La responsabilidad, entonces, deja de ser personal y pasa a ser solamente patrimonial. Los mecanismos de tutela del acreedor reciben la influencia de ese cambio en el tipo de responsabilidad, de manera tal que esos medios de tutela no recaen sobre la persona, sino sobre el patrimonio del deudor. La idea de que la responsabilidad es patrimonial y de que los mecanismos de tutela del crédito solo

pueden estar dirigidos al patrimonio, mas no a la persona del deudor, ha generado una polémica en la doctrina acerca de la verdadera naturaleza del derecho de crédito, pues llevada al extremo la tesis de la responsabilidad patrimonial determinaría, como en efecto lo ha planteado un sector de la doctrina –especialmente italiana–, la imposibilidad de que el acreedor pueda forzar al deudor a cumplir.

Independientemente de la polémica antes mencionada, lo cierto es que la responsabilidad patrimonial del deudor supone que el acreedor tiene una facultad genérica de ejecutar (prenda genérica o garantía genérica le han llamado algunos) el patrimonio del deudor para la satisfacción de su crédito.

La polémica acerca de la responsabilidad del deudor y de los medios de tutela del crédito ha surgido en la doctrina contemporánea. La discusión actual gira en torno a la preocupación de hacer realmente efectiva la tutela jurisdiccional del crédito. En ese ámbito se ha planteado el problema de qué hacer con el deudor recalcitrante en aquellos casos en los que este no cumpla con la sentencia que lo condene al cumplimiento de su obligación, especialmente en aquellos casos donde no pueda subrogarse el cumplimiento del deudor. Ante ello se han propuesto diversas providencias jurisdiccionales a fin de persuadir al deudor al cumplimiento de su obligación, propuestas que han recibido numerosas críticas por parte de un sector de la doctrina que ve en ellas un peligroso retorno a la responsabilidad personal del deudor.

Lo trascendente, en todo caso, es que el interés del acreedor se vea satisfecho; es decir, que la situación jurídica de ventaja que otorga el ordenamiento jurídico al acreedor sea realmente efectiva, pues solo así podría garantizar la real satisfacción del interés del acreedor.

Ahora bien, algo que debemos considerar si pensamos en otorgar una efectiva tutela del crédito es que dicha tutela debe estar diseñada para que actúe ante cualquier lesión o amenaza de lesión del derecho de crédito; pues debemos recordar que una efectiva tutela (no solo jurisdiccional, sino en general, jurídica) es aquella que no solo dota de instrumentos adecuados frente a la lesión de una determinada situación jurídica, sino aquella que, además, provee de mecanismos idóneos para prevenir que dicha lesión se produzca.

Siguiendo a Díez-Picazo, los diferentes mecanismos de tutela que brinda el ordenamiento jurídico al acreedor son los siguientes:

1. Mecanismos de tutela preventiva del crédito.
2. La posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación.
3. La posibilidad de solicitar la ejecución forzosa de la prestación.
4. El resarcimiento por los daños.
5. Mecanismos de tutela destinados a conservar la garantía patrimonial y la solvencia del deudor.
6. Las especiales medidas de protección en el caso de las relaciones obligatorias sinalagmáticas, como la excepción de cumplimiento contractual y la resolución por incumplimiento.

El artículo 1219 del Código Civil es una norma que prevé solo algunos mecanismos de tutela del crédito, pues los demás están recogidos en otras normas de nuestro Código Civil, con lo cual una primera aproximación a dicha norma debe llevarnos a decir que en ella solo se regulan algunos medios de tutela del crédito que reconoce nuestro ordenamiento jurídico.

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

Este mecanismo de tutela que brinda el ordenamiento jurídico se traduce en la posibilidad que tiene el acreedor de exigir al deudor aquello a lo que se ha obligado.

El sustento de este mecanismo es el siguiente: si la relación obligatoria ha nacido para satisfacer el interés del acreedor, resulta evidente que este solo podrá verse satisfecho en la medida en que se cumpla con aquella conducta debida. Por ello, si el ordenamiento jurídico protege el interés del acreedor, resulta claro que le debe permitir al acreedor exigir al deudor esa conducta a la que se había obligado, para obtener con ello la satisfacción de su interés.

Recordemos que en virtud de la relación obligatoria, el deudor está en una situación jurídica de sujeción y como tal el acreedor puede solicitar que el deudor cumpla con la conducta a la que se ha obligado, incluso, forzosamente. Por ello, la primera medida de reacción y de tutela que consagra el ordenamiento jurídico ante el incumplimiento de la prestación a cargo del deudor, es aquella dirigida a obtener el comportamiento omitido y obtenerlo en forma específica.

Resulta claro que aun cuando puede exigirse el cumplimiento de la obligación tanto judicial como extrajudicialmente, esta última forma solo sería eficaz en la medida en que el deudor cumpla voluntariamente la exigencia del acreedor. Sin embargo, si dicho comportamiento no proviene de un acto voluntario del deudor, se hace preciso acudir a un órgano jurisdiccional a fin de exigir la ejecución forzosa de la prestación a cargo del deudor; e incluso puede ocurrir que a pesar de expedirse una sentencia que le ordene al deudor cumplir con su prestación, este no lo haga, caso en el cual el acreedor podrá solicitar la ejecución forzada de la prestación (ejecución forzada en forma específica).

Ahora bien, esta exigencia del acreedor puede viabilizarse a través de una pretensión de condena planteada en un proceso de cognición o en una pretensión planteada en un proceso ejecutivo o de ejecución, dependiendo de si la prestación incumplida se encuentra contenida en un título ejecutivo o de ejecución, respectivamente.

La exigencia de cumplimiento de la obligación puede darse tanto para las prestaciones de dar (suma de dinero o cualquier otro bien), como para las de hacer y las de no hacer.

Si el deudor no cumple con la obligación de dar una suma de dinero a pesar de estar ordenado así por el órgano jurisdiccional, se puede proceder a la ejecución forzosa de la obligación a través de la afectación de uno o varios bienes del deudor, los mismos que posteriormente serían rematados judicialmente a efectos de que con lo que resulte de esa venta judicial se proceda al pago de la deuda. Ese remate que se da en ejecución de sentencia procede, sea que durante el proceso se hayan trabado medidas cautelares para futura ejecución forzada (embargo o secuestro) o sea que no se hayan solicitado dichas medidas cautelares, a pesar de lo cual se puede solicitar la afectación de los bienes del deudor en ejecución de sentencia; afectación que no se produce, en estricto, a través de una medida cautelar, sino a través de una medida de afectación (*pignoramento*, dirían los italianos) que se realiza aplicando las normas sobre medidas cautelares, aunque en verdad, dicho acto de afectación en ejecución de sentencia no tenga la naturaleza de ser una medida cautelar. Debe tenerse en cuenta que todos estos actos para hacer efectivo el derecho de crédito tienen como presupuesto la responsabilidad patrimonial del deudor, pues es precisamente ella la que faculta que el acreedor pueda dirigirse contra cualquier bien del deudor para afectarlo a fin de hacer efectivo su crédito.

Tema que no puede dejar de mencionarse es el del cobro de sumas de dinero contra el Estado. En efecto, si el deudor de la obligación es el Estado, este debe cumplir como cualquier

otro deudor con su obligación y, si bien es cierto, no proceden las medidas cautelares para futura ejecución forzada contra el Estado, sí proceden los actos de ejecución forzada de las sentencias que lo condenen al pago de una suma de dinero, como ha sido dicho ya por nuestro propio Tribunal Constitucional, el que ha considerado que, si ello no es así, se estarían vulnerando los derechos constitucionales a la igualdad y a la tutela jurisdiccional efectiva.

En el caso que la prestación sea una de dar bien mueble o inmueble, se tiene una dificultad y es el hecho que, para proceder a la ejecución forzada en caso el deudor no cumpla voluntariamente con aquello que le ordena la sentencia, primero se debe ubicar dentro del patrimonio del deudor el bien o bienes cuya entrega ha sido ordenada, luego de lo cual el propio órgano jurisdiccional procede a realizar la entrega, satisfaciendo de esta forma el interés del acreedor. Debe tenerse presente que el Código Procesal Civil regula la ejecución de dar bien mueble determinado (artículos 704 y 705 del Código Procesal Civil), estableciéndose que el mandato ejecutivo contendrá la intimación al ejecutado para que entregue el bien dentro del plazo fijado por el juez y la autorización para la intervención de la fuerza pública en aquellos casos que el demandado se resista a cumplir con ese mandado judicial.

Un tema que sin duda encuentra mayor complejidad es el caso de las obligaciones de hacer, pues tradicionalmente, como ya hemos dicho, se ha entendido que no existe posibilidad física ni jurídica de coaccionar la voluntad del deudor para que este *haga* aquello que *no quiere hacer* a pesar de estar obligado a *hacerlo*, por eso se decía antiguamente *nemo ad factum precisse cogi potest*. Ante ello, se ha de buscar que, a través de medios indirectos, se proceda a disuadir al deudor para el cumplimiento de la obligación, lo que puede realizarse, por ejemplo, a través de la imposición de diversas multas coercitivas.

Dentro de la línea expuesta, el Código Procesal Civil regula la ejecución de la obligación de hacer (artículos 706 a 709), estableciendo que el mandato ejecutivo contendrá la intimación al ejecutado para que cumpla con la prestación dentro del plazo fijado por el juez, bajo apercibimiento de ser realizada por un tercero o por el propio juez en los casos en los que el hacer consista en la formalización de un acto. Si es que no se cumple con la obligación, el juez procederá a disponer que el tercero cumpla con la misma, procediéndose de ahí en adelante a la ejecución, pero para el pago de aquello que se le debe pagar al tercero o, en su caso, el juez procederá a formalizar el documento en nombre del deudor. El problema se presenta en aquellos casos de obligaciones personalísimas en las que ni un tercero ni un juez pueden proceder a ejecutar la prestación en vez o en nombre del deudor. Creemos que en estos casos se puede solicitar al juez que ejerza sus facultades coercitivas. En efecto, el artículo 48 del Código Procesal Civil dispone que la función del juez es hacer efectiva la finalidad del proceso, para lo cual dicho cuerpo normativo dota de algunas facultades a los jueces, entre las que se encuentran las del artículo 53 del Código Procesal Civil, norma que dispone que el juez puede imponer multas compulsivas y progresivas en aquellos casos en los que una de las partes (en el caso del análisis, el demandado) no cumpla con sus mandatos. La citada norma establece, además, que el juez puede disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien se resiste a su mandato sin justificación. Somos conscientes de los reparos y problemas que supondría la aplicación de esta última medida coercitiva, resistencia que se presentaría ante el temor de regresar a una especie de responsabilidad personal del deudor.

Finalmente, en el caso de las obligaciones de no hacer, si la obligación ha sido violada por hacer algo que podría ser deshecho, la ejecución forzada consistiría en deshacer aquello que fue indebidamente hecho a costa del deudor.

Una vez que se haya realizado la ejecución forzada, se extingue el vínculo entre acreedor y deudor.

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

Para comprender la facultad prevista en el inciso 2 del artículo 1219 del Código Civil, se hace preciso que partamos del hecho de que la actividad de un tercero puede tener eficacia extintiva de la obligación y, en consecuencia, comportaría la liberación del deudor, en los casos en los que con dicha actividad se satisfaga el interés del acreedor. Siendo ello así, lo dispuesto por la citada norma no encuentra cabida en aquellos casos en los que nos encontremos ante una prestación personalísima.

Pero no solo ello, sino que para poder comprender dicha norma se hace preciso que se tenga en cuenta el hecho de que la posibilidad que tiene el acreedor de procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, en ambos casos, a costa del deudor, encuentra explicación en la necesidad de que el acreedor reciba esa conducta con la cual verá satisfecho su interés, sin importar que la conducta sea realizada por el tercero, si con ello se satisface el interés del acreedor. Recordemos que el vínculo obligatorio surge con el fin de satisfacer el interés del acreedor, razón por la cual el ordenamiento jurídico se preocupa especialmente de que dicho interés sea satisfecho, independientemente de que la satisfacción del mismo provenga de una conducta del propio deudor. Por ello, coincidimos con lo expresado por Pugliatti, en el sentido que si el vínculo jurídico que se constituye con la obligación nace para lograr una finalidad práctica (la satisfacción del interés del acreedor), se permite la eficacia extintiva de un hecho autónomo y heterogéneo respecto del vínculo obligatorio, como puede serlo el hecho de que la conducta sea realizada por un tercero, es decir, por un sujeto que no estaba vinculado al acreedor y que, en consecuencia, no tenía ninguna situación jurídica de sujeción frente a él. Es importante notar, entonces, lo trascendente que es para el ordenamiento que el acreedor reciba aquello con lo cual verá satisfecho su interés, pues no importa tanto quién lo hace, sino el hacer; salvo en aquellos casos en los que el quién lo hace sea aquello que en realidad satisfaga el interés del acreedor (prestaciones de carácter personalísimo).

Siendo que quien se encontraba obligado a realizar la conducta debida era en realidad el deudor, mas no el tercero, resulta claro que los gastos en los que ha incurrido el acreedor en procurarse la prestación o hacérsela procurar por un tercero deben ser de cargo, es decir, reembolsados por el deudor; lo que incluso es posible dentro del proceso ejecutivo, conforme ha sido ya explicado al comentar el inciso 1 del artículo bajo comentario.

3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente

Si el deudor no cumple con la prestación a su cargo o la cumple defectuosamente, además de las facultades antes comentadas, surge en el acreedor un nuevo derecho de crédito consistente en que el deudor le resarza los daños sufridos a consecuencia de la lesión de su interés.

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

Ahora bien, un sector de la doctrina (proveniente especialmente de la tendencia adop-
 tada en la doctrina alemana) considera que el resarcimiento debería ser *in natura*, posición

que emerge atendiendo a la especial necesidad de satisfacer el interés del acreedor, con la conducta o bien que el deudor se había obligado a realizar en su favor; dicho en palabras de Juan Espinoza, el resarcimiento *in natura* busca la reconstitución de la situación material anterior a la producción del daño. Sin embargo, otro sector considera que el resarcimiento debe ser más bien *por equivalente;* produciéndose en estos casos una suerte de transformación de la prestación original en una dineraria, a fin de que con esto se le reparen al acreedor los daños por él sufridos a consecuencia de la lesión de su interés. Lo cierto es que los dos modelos resarcitorios no son excluyentes.

En el caso de resarcimiento *por equivalente,* se hace preciso distinguir dos hipótesis distintas:

(i) Los casos en los que estamos ante un incumplimiento definitivo de la prestación o cuando esta se ha tornado imposible. En este caso, se produce una suerte de transformación de la prestación primitiva en una de indemnización de daños y perjuicios; apareciendo dicha indemnización como la sustitución de un cumplimiento que ya no es posible.

(ii) Los casos de mora o de cumplimiento defectuoso. En este caso, el derecho a la indemnización aparece como complementario de la prestación que todavía es posible y viable.

Por ello, coincidimos con Breccia cuando sostiene que el resarcimiento por el daño es la consecuencia prevista para todas las figuras de incumplimiento, sea este total o parcial, cuantitativo o cualitativo, respecto de una modalidad subjetiva o sobre aquella temporal o de lugar.

El objeto de la indemnización, siguiendo a Díez-Picazo, es colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual, es decir, si el derecho de crédito hubiera sido perfectamente realizado.

Ahora bien, los límites y los criterios para el pago de la indemnización se encuentran previstos en los artículos 1321 y 1322 del Código Civil, lo que nos exonera de realizar mayores comentarios sobre este tema. Solo nos permitimos decir, brevemente, que de acuerdo con nuestra legislación, al igual que la italiana, la indemnización por los daños y perjuicios comprende el lucro cesante (ganancia dejada de obtener o frustrada), el daño emergente (pérdida sufrida en el patrimonio del acreedor) y daño moral, siempre que, conforme a nuestro Código, dichos daños sean consecuencia directa e inmediata de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

4. Ejercer los derechos de su deudor sea en vía de "acción" o para asumir su defensa

La facultad que nos corresponde comentar ahora es conocida por algunos civilistas como la "acción subrogatoria", y por los procesalistas como un supuesto de sustitución procesal.

La norma en comentario faculta al acreedor a dos cosas distintas que se hace preciso señalar:

(i) El acreedor se encuentra facultado a "ejercer los derechos de su deudor en vía de acción", siempre que estos no sean inherentes a la persona del deudor o en los casos en los que prohíba la ley.

(ii) El acreedor se encuentra facultado para asumir la defensa de los derechos del deudor, salvo aquellos que sean inherentes a la persona del deudor o que la ley lo prohíba.

(i) El acreedor se encuentra facultado a "ejercer los derechos de su deudor en vía de acción", siempre que estos no sean inherentes a la persona del deudor o en los casos en los que prohíba la ley.

Una primera aproximación a la facultad que ahora comentamos, nos lleva necesariamente a tener que decir que esta es otra de las normas que demuestran cuán alejado estaba el conocimiento de la disciplina procesal del legislador de nuestro Código Civil. La frase "ejercer los derechos del deudor en vía de acción" parece una frase propia del Derecho Romano, es decir, de aquel momento histórico en el cual no había distinción entre *ius* y *actio* o, en el mejor de los casos, corresponde a una expresión propia de la teoría concreta del derecho de acción, teoría ampliamente superada en la fecha en que nuestro Código Civil fue elaborado. Dejando de lado estas críticas, las mismas que ya han sido expresadas por nosotros mismos, de manera general, al comentar el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, procederemos a reflexionar sobre el instituto bajo comentario.

La facultad conferida en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil es claramente una autorización legal expresa al acreedor para poder iniciar un proceso en contra del deudor de su deudor a fin de plantear una pretensión, la cual, en principio, solo podría ser intentada por su deudor, al ser este el titular de la misma. En efecto, al ser el deudor del acreedor, acreedor de otro, él podría formular contra este último una pretensión de cumplimiento de la obligación o de indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; sin embargo, la ley, de manera expresa, legitima al acreedor del deudor para que este pueda iniciar el proceso planteando esta pretensión. La norma en comentario es pues una norma de carácter procesal (tanto así que se ha visto recogida en el artículo 60 del Código Procesal Civil), y como tal nos lleva necesariamente a hablar del instituto de la legitimación procesal.

La legitimidad para obrar es la posición habilitante que tiene una persona en el proceso respecto de la pretensión planteada. Así, si se habla de la legitimidad activa, se dice que esta es la posición habilitante para poder plantear una pretensión en un proceso; y si por el contrario, se habla de legitimidad para obrar pasiva, se dice que esta es la posición habilitante para que contra una persona se pueda intentar una determinada pretensión en el proceso. Atendiendo a los límites establecidos en este trabajo que corresponde al comentario del inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil, nos limitaremos a referirnos solo a la legitimidad para obrar activa.

Ahora bien, la doctrina distingue entre la legitimidad para obrar ordinaria y legitimidad para obrar extraordinaria. La legitimidad para obrar ordinaria corresponde a quien afirma ser titular de la pretensión. La razón en la que descansa este instituto está representada por la naturaleza estrictamente privada de los derechos que se discuten normalmente en un proceso civil. Por ello, la legitimidad para obrar ordinaria es la regla general en un proceso civil, pues la ley quiere preservar el hecho de que quien se afirme ser titular del derecho discutido, sea el único que exija su cumplimiento, pues, por regla de principio, a nadie más le interesa que el titular de dicho derecho se vea satisfecho. Debe recordarse que nos hallamos en el ámbito de las facultades, con lo cual, si el titular del derecho de crédito no quiere ejercer esa facultad que le confiere el ordenamiento jurídico de plantear una pretensión procesal contra su deudor para que este cumpla con la prestación a su cargo o para que lo indemnice por los daños y perjuicios sufridos, nadie, repetimos, por regla de principio, podría hacer uso de esa facultad.

Sin embargo, la doctrina se refiere también a la legitimidad para obrar extraordinaria, la misma que se presenta en nuestro ordenamiento jurídico (y en cualquier sistema de regulación

de un proceso civil) como una excepción, situación excepcional que, además, debe encontrarse expresamente prevista en la ley. En efecto, si como hemos venido diciendo, por regla general solo se encuentra facultado a plantear una pretensión procesal quien se afirme titular de la misma, en algunos casos, expresamente previstos por la ley, se permite que una persona que, por regla de principio, no es titular de la pretensión, la formule en un proceso. Ese es el caso en el que nos encontramos en la norma bajo comentario.

Podemos explicar la situación que comentamos de la siguiente manera: el acreedor (a) es el único que, por regla general, puede exigir judicialmente a su deudor (d) el cumplimiento de la prestación o el correspondiente pago de los daños y perjuicios, pues es a él a quien le corresponde la legitimidad para obrar ordinaria. Sin embargo, puede ocurrir que ese acreedor (a) sea al mismo tiempo deudor (D) de otro acreedor (A). Como este deudor (D) es responsable con todo su patrimonio por el cumplimiento de la obligación que tiene frente a su acreedor (A), entonces, este último tiene un interés en que el patrimonio del deudor (D) se recomponga, es decir, que al patrimonio del deudor (D) ingrese un bien con el cual el acreedor (A) podría ver satisfecho su crédito. El acreedor (A) ve que existe una forma como el patrimonio de su deudor (D) se puede ver recompuesto y esta es que su deudor (d) cumpla con la prestación que tiene a su cargo, pues solo si la cumple, el patrimonio de (D) se va a ver incrementado y con ello el acreedor (A) podría eventualmente ver satisfecho su crédito. Sin embargo, a pesar de que el acreedor (A) es consciente de ello, su deudor (D) no quiere ejercer la facultad que le corresponde como acreedor (a) de exigir el cumplimiento de la obligación o la de exigir el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por él, y es probable (solo probable) que no lo haga precisamente para que su acreedor (A) no pueda irse contra su patrimonio, que ahora se vería incrementado con el ingreso de la prestación que cumpliría a su favor su deudor (d). Precisamente, a fin de que el derecho del acreedor (A) reciba una efectiva protección, la ley permite expresamente que él plantee la pretensión que el acreedor (a) no quiere intentar, pretensión que debe ser dirigida contra el deudor (d) a fin de que este cumpla con la prestación a favor de su acreedor (a) o, de lo contrario, para que cumpla con indemnizarlo por los daños y perjuicios sufridos. Es decir, la ley permite de manera expresa (vía legitimidad para obrar extraordinaria) a una persona distinta al titular del derecho de crédito lesionado (a), formular la pretensión con la cual el interés de dicho acreedor (a) se vería satisfecho; y lo hace, curiosamente, como un medio no para que el acreedor (a) se vea realmente satisfecho, sino para que otro acreedor (A) sea el que cuente con la garantía para satisfacer su interés; ello, obviamente, atendiendo a que el acreedor (a) es a su vez deudor (D) de otro acreedor (A).

Algo de lo que resulta importante percatarse es que quien inicia el proceso a través de esta legitimidad para obrar extraordinaria, puede plantear la pretensión para que el deudor (d) cumpla con realizar una conducta, no a favor de aquel que está demandando, sino a favor del acreedor (a), verdadero titular del derecho. Siendo ello así, cuando el deudor (d) cumpla con pagar aquello que tiene que pagar, lo que hará será cumplir lo que le ordene la sentencia a favor de su acreedor (a) y no de quien lo demandó. Ante ello, en la doctrina se ha planteado un debate acerca de si aquello que entra en el patrimonio del deudor es solo posible de ser ejecutado por el acreedor (A) que demandó haciendo uso de esta legitimidad para obrar extraordinaria o, por el contrario, aquello que entra en el patrimonio del deudor sirve para cumplir con todos sus acreedores, los que participan de la posibilidad de ejecutar su patrimonio en *par conditio*. La mayoría de la doctrina se inclina por esto último. Siendo ello así, una vez que se ha ejecutado la sentencia a favor del verdadero acreedor, todos sus acreedores (incluyendo aquel que demandó) pueden ir contra el patrimonio del deudor, ejecutando aquello que se ha logrado que ingrese al patrimonio del deudor a través del ejercicio, por parte de un acreedor, de la facultad que confiere el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil. Para

evitar que su trabajo sea en vano, el acreedor que demanda en virtud de esa legitimidad para obrar extraordinaria, debe haber solicitado una medida cautelar por medio de la cual se afecte ese crédito cuyo cumplimiento exigió en ejercicio de la mencionada facultad.

Con lo expuesto queda claro entonces que el acreedor que actúa en ejercicio de esta facultad, lo hace porque se encuentra legitimado extraordinariamente y no porque es un representante de su deudor, pues de serlo, sería muy fácil que el deudor actúe contrariamente a lo que el acreedor hace en el proceso, pudiéndose producir casos de actuación procesal contradictoria, en la medida en que el representante y el representado podrían actuar alternadamente.

Algo que es muy importante resaltar de lo previsto en la norma bajo comentario es que la legitimidad para obrar extraordinaria regulada en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil, puede ser ejercida sin necesidad de demostrar que el acreedor ha usado todos los demás medios que tenía a su alcance para poder ver satisfecho su crédito. Es decir, para nuestro Código Civil esta no es una facultad residual o una especie de último recurso, sino que, según el propio texto de la norma en comentario, puede ser utilizada, incluso, simultáneamente a las demás facultades previstas en la ley, sin que las otras estén en una especie de mayor rango o deban ser ejercidas antes de aquella. Lo expuesto es muy importante pues otras legislaciones, como es el caso de la española, prevén esta facultad como residual. Así, el artículo 1111 del Código Civil español establece que: "Los acreedores, después de haber perseguido los bienes que estén en posesión del deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin (...)". Es evidente pues que el Código Civil español regula esta facultad como excepcional y residual, lo que puede ser entendido si recordamos la fecha en la que fue promulgado el Código Civil español, fecha en la que aún se pronunciaba con alguna fuerza el viejo principio romano, según el cual *alteri stipulari nemo potest*, que determinó, por ejemplo, que el Derecho Romano no reconociera de manera expresa este instituto, el cual surgió de manera excepcional, precisamente, en una época histórica en la cual ese viejo principio romano comenzó a ser dejado de lado (el periodo del Derecho Intermedio), a través del Derecho Consuetudinario francés y del Derecho Estatutario italiano. Lo cierto es que en el Perú no se requiere haber agotado otras posibilidades para poder hacer uso de la facultad prevista en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil, pudiendo el acreedor hacer uso de esa facultad directamente.

La propia norma bajo comentario establece una excepción para el uso de esta facultad. En efecto, la norma dice que el acreedor no puede, a través de la legitimidad para obrar extraordinaria que le da la ley, formular pretensiones relativas a "derechos que sean inherentes a la persona" y "cuando lo prohíba la ley". Esta segunda excepción no requiere mayor comentario, pues bastará que exista una ley que disponga que determinado derecho no puede ser objeto de esta facultad, como para que no opere la legitimidad para obrar extraordinaria comentada. Sin embargo, algo que sí resulta necesario es precisar qué debe entenderse por "derechos que sean inherentes a la persona". Evidentemente, entran en esta categoría todos los derechos que no tengan un contenido patrimonial, como los derechos de la personalidad (nombre, honor, buena reputación), ni aquellos derechos indemnizatorios respecto a estos. Tampoco aquellos derechos propios de la familia, como alimentos o filiación.

(ii) El acreedor se encuentra facultado para asumir la defensa de los derechos del deudor, salvo aquellos que sean inherentes a la persona del deudor o que la ley lo prohíba

Esta norma también confiere una legitimación extraordinaria, pero esta vez, no para iniciar un proceso, sino para intervenir en uno ya iniciado en el cual se haya planteado una

pretensión con la cual el patrimonio del deudor se pueda ver afectado o disminuido. En estos casos, es claro que el acreedor tiene un interés indirecto en el resultado del proceso, pues si su deudor pierde es posible que se disminuya su patrimonio y con ello sus posibilidades de cumplir con la prestación a su cargo o de responder frente al incumplimiento. Ese interés que tiene lo legitima (es un tercero legitimado) para solicitar su intervención en calidad de tercero coadyuvante (artículo 97 del Código Procesal Civil), forma de intervención que la propia norma procesal parece haber previsto expresamente en el artículo 60 del Código Procesal Civil.

Creemos que, sin perjuicio de poder solicitar su intervención como tercero coadyuvante (forma de intervención natural en estos casos), el acreedor también podría ingresar al proceso iniciado en aquellos casos en los que advierta o tema que dicho proceso se está llevando con fraude o colusión para, precisamente, afectar sus derechos.

Los límites para esta forma de intervención son los mismos que para el inicio del proceso, razón por la cual nos remitimos a lo ya expresado sobre el particular.

DOCTRINA

BRECCIA, Humberto. Le Obligación. Giuffré. Milán, 1994; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. 5ª edición. Civitas. Madrid, 1996; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Gaceta Jurídica. Lima, 2003; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992; PUGLIATTI, Salvatore. Esecuzione forzata e diritto sostanziale. Giuffré. Milán, 1935. Ristampa della Scuola di perfezionamento in Diritto Civile della Universitá di Camerino.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Derecho de crédito permite al acreedor dirigirse contra el patrimonio del deudor

En el derecho de crédito el interés protegido consiste en una prestación definida. El deudor puede cumplir o puede dejar de hacerlo; pero este acto que depende de su libre arbitrio tiene eficacia jurídica, pues el acreedor podrá dirigirse contra su patrimonio ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 23).***

Acreedor solo puede embargar bienes que son de propiedad de su deudor

Del artículo 1219 inciso 1 del Código Civil se desprende que a efectos de satisfacer su acreencia el acreedor solo puede emplear determinadas medidas legales (entre las cuales se encuentran las medidas cautelares), sobre el patrimonio del deudor, puesto que es el deudor quien debe procurar satisfacer la acreencia, dicho de otro modo, el acreedor solo puede embargar bienes que son de propiedad de su deudor ***(Cas. N° 3671- 2014-Lima. VII Pleno Casatorio. Análisis crítico VI. 3).***

CORTE SUPREMA

La acción de rescisión puede ser incoada por el acreedor del vendedor

{S}e aprecia que al interpretar la norma del artículo 1219, inciso 4, del Código Civil, el Superior Colegiado ha concluido que "la parte demandante no ha acreditado tener una deuda reconocida judicialmente a su favor de parte de los supuestos deudores" (...). Sin embargo, haciendo una rigurosa interpretación, este Supremo Colegiado estima que ni la letra ni el espíritu de la citada norma exigen que el ejercicio de la acción de rescisión por lesión sea hecho por un acreedor que tenga una deuda judicialmente reconocida a su favor respecto de sus deudores. Por el contrario, de la norma en estudio fluye claramente que el acreedor (genéricamente considerado) puede ejercer los derechos de su deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, salvo en los derechos intuito personae o cuando lo prohíba la ley "la acción de lesión puede ser promovida por los acreedores del vendedor, porque este no es un derecho inherente" (...); es decir, para ejercitar los derechos a que se refiere esta norma no se requiere otra calidad que la de ser acreedor y en el caso de autos esta calidad se vislumbra de los documentos adjuntados a la demanda y en todo caso, es en el proceso donde se debe determinar finalmente si la empresa demandante es acreedora o no y si, por tanto, le asiste o no el derecho para ejercitar las acciones a que se refiere el susodicho artículo 1219, inciso 4, del Código Civil ***(Cas. N° 3528-2007-Lima).***

TÍTULO II
PAGO

CAPÍTULO PRIMERO
Disposiciones generales

Integridad del pago

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

Concordancias:
C.C. arts. 1161, 1221. C.P.C. arts. 746, 802, C.T. arts. 27, inc. 1); LEY 27287 art. 64

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO

Pago y cumplimiento son sinónimos; tanto en lenguaje técnico como en lenguaje vulgar suelen ser usados indistintamente y a menudo el pago suele ser definido apelando al cumplimiento, y este, a su turno, es definido como la ejecución de la prestación. Así, el artículo 865 del nuevo Código Civil y Comercial argentino, refiriéndose a esta figura, prescribe: "pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación". Sin embargo, no hay cumplimiento y tampoco pago si no concurren en la ejecución de la conducta debida los principios de identidad, integridad y oportunidad del pago[1].

La dinámica de la relación obligatoria comienza con su nacimiento (fuentes) y termina con el cumplimiento, que es el efecto principal y final de la obligación. El pago o cumplimiento tiene como fin satisfacer el interés del acreedor, lo que se conseguirá mediante la realización de la conducta debida (ejecución de la prestación). Pero como ya se dijo, tal conducta deberá satisfacer determinados requisitos objetivos que le dan idoneidad al pago. Por lo tanto, el pago no es la realización de un simple comportamiento, sino una conducta alineada con los términos que se pactaron: lo que se convino (objeto), la totalidad de lo que se convino (integridad) y el tiempo en el que deberá ejecutarse lo que se convino (oportunidad).

En cuanto a la identidad del pago, diremos que el deudor solo queda liberado si cumple exactamente con la prestación debida. No otra, sino aquella en la que tiene interés el acreedor. En nuestro sistema pueden advertirse cuando menos tres normas referidas a este principio. La primera de ellas se refiere a que el acreedor no puede ser obligado a recibir un bien distinto del originalmente debido, aun cuando este fuera de mayor valor (artículo 1132). La segunda se refiere a las obligaciones de dar bienes inciertos (conocidas también como obligaciones genéricas), se trata de aquellos bienes que no han sido definidos desde su inicio sino solo en su especie y cantidad, estableciéndose la siguiente regla: "En las obligaciones de dar bienes determinados solo por su especie y cantidad (...). Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la medida. Si la elección corresponde al acreedor,

(1) El artículo 867 del nuevo Código Civil y Comercial argentino establece que "el objeto del pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización".

debe escoger bienes de calidad no superior a la medida. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media" (artículo 1143). Por último, en las obligaciones de dar sumas de dinero (artículo 1234) se establece: "El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado".

Como se advierte, la norma principal que recoge este principio (artículo 1132) es particularmente categórica al punto que no se admite que se le imponga al acreedor la aceptación de una prestación mayor; desde luego que él puede aceptarla e incluso aceptar otra prestación, pero entonces no hay propiamente pago sino dación en pago[2].

El principio de integridad involucra toda clase de obligaciones, incluso las obligaciones omisivas, en las que el deudor deberá abstenerse de realizar una determinada conducta. También deberá respetarse en los casos en que el deudor deba, al mismo acreedor, varias prestaciones distintas derivadas de diversas obligaciones.

La regla de integridad recogida por el artículo bajo análisis, obliga al pago de la totalidad de la deuda, lo cual implica que el deudor no podrá exigir al acreedor que reciba en partes lo que le adeuda. Este principio es la expresión cuantitativa del de identidad, pues en estricto sentido quien no cumple con la totalidad de la obligación incumple con el principio de identidad. De ahí la relación de complementariedad entre estos dos principios.

En virtud de ellos el pago debe hacerse de manera exacta y puntual, solo así se libera el deudor y se satisface al acreedor. De este modo, el pago cumple su triple función: a) extinción de la relación obligatoria, b) liberación del deudor y c) satisfacción del acreedor.

Así, el pago no admite ni sustitución ni fraccionamiento y menos disminución. Desde luego, los fundamentos jurídicos de la identidad e integridad del pago son el cumplimiento de lo pactado y el respeto a la ley. Económicamente puede decirse, en relación al principio de integridad, que se trata de respetar una de las reglas de esta disciplina: el costo de oportunidad. Ciertamente siempre será más beneficioso contar con el íntegro de los fondos que con una fracción de ellos, pues al recibir el acreedor solo una parte de la prestación hay una oportunidad que pierde (costo de oportunidad).

Es por ello que nuestro ordenamiento autoriza al acreedor a rechazar pagos parciales y, asimismo, establece de manera enfática que inclusive cuando se hubiera aceptado el pago parcial, ello no importa la cancelación de la deuda en su totalidad, pues según el propio texto del artículo bajo análisis, el pago se entiende efectuado solo cuando la prestación haya sido ejecutada íntegramente.

No obstante lo expresado hasta aquí, hay casos en los que este principio se flexibiliza, tal lo que sucede en las obligaciones facultativas en las que el deudor puede escoger entre dos o más prestaciones para cumplir con la obligación (artículo 1262 del Código Civil).

Otra excepción al principio de integridad es la referida a la obligación de retención del pago del Impuesto a la Renta por parte de los agentes de retención, en determinadas operaciones. Sobre el particular, el artículo 74 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta (D.S. Nº 054-99-EF) establece que: "Tratándose de rentas de cuarta categoría, las personas, empresas y entidades a que se refiere el inciso b) del artículo 71 de esta ley, deberán retener con

(2) ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 118.

carácter de pago a cuenta del Impuesto a la Renta el 8% (ocho por ciento) de las rentas brutas que abonen o acrediten (...)".

De igual manera el artículo 75 de la referida ley dispone que: "Las personas naturales y jurídicas o entidades públicas o privadas que paguen rentas comprendidas en la quinta categoría, deberán retener mensualmente sobre las remuneraciones que abonen a sus servidores un dozavo del impuesto que, conforme a las normas de esta ley, les corresponda tributar sobre el total de las remuneraciones gravadas a percibir en el año, dicho total se disminuirá en el importe de la deducción correspondiente al monto fijo a que se refiere el primer párrafo del artículo 46 de esta ley. (...)". En efecto, si bien estas retenciones en los hechos constituyen una disminución de la prestación, no hay que olvidar que se hacen en virtud de un mandato legal que le impone al deudor una obligación de retención; como correlato el acreedor no puede rechazar el pago luego de practicada la retención.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones, Tomo I. Buenos Aires, Perrot, 1975; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Tomo I. 4ª edición. Madrid, Tecnos, 1993; GETE-ALONSO, María del Carmen. "El pago o cumplimiento de la obligación (I)". En: Manual de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Civil, Teoría General del Contrato". 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1998; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones, Volumen I. Buenos Aires, 1947; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones: modalidades y efectos, Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1956; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo I. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Tomo IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PUIG FERRIOL y otros. Manual de Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones. 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1998; SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Pago es el cumplimiento de la obligación

El pago es el cumplimiento efectivo de la obligación. Concurren dos principios básicos: el de identidad y el de integridad. La identidad se explica en que el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor; en tanto que la integridad se refiere a que se debe cumplir con la totalidad de la prestación debida ***(Cas N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 39).***

Todo pago significa la extinción de la obligación

Si consideramos a la extinción como el género, el pago es la especie, de manera que todo pago significa extinción, pero no toda extinción se produce por el pago. El pago, por otro lado, no pertenece a la fase de la celebración sino a la de la ejecución ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 50).***

Pago y cumplimiento son sinónimos

El pago es una de las formas de extinción de las obligaciones. Pago y cumplimiento son sinónimos; tanto en lenguaje técnico como en lenguaje vulgar suelen ser usados indistintamente y a menudo el pago suele ser definido apelando al cumplimiento, y este, a su turno, es definido como la ejecución de la prestación ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 50).***

Con el pago se ejecuta la obligación

Con el pago se ejecuta la obligación, empero son conceptos sinónimos, ejecución y pago ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 50).***

Pago es la ejecución voluntaria de la obligación

El pago es la ejecución voluntaria de la obligación. El deudor es consciente de su deber, debe una prestación determinada, por lo tanto, al vencimiento del plazo cumple voluntariamente. Esta precisión conceptual es importante porque se da también una ejecución forzosa, y esta es la que se produce cuando el acreedor acude a los medios legales pertinentes y hace funcionar el aparato jurisdiccional. Toda ejecución forzosa es judicial ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 50).***

CORTE SUPREMA

El pago y la extinción de la obligación

Según el artículo 1220 del Código Civil, el pago se entiende efectuado solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación, es decir, es finalidad del pago el cumplimiento de la obligación debida con el acreedor, conforme a lo pactado, respecto de la integridad de lo que voluntariamente se acordó y en el tiempo en el que deberá de ejecutarse lo expresamente acordado. Por ello, en el presente proceso a pesar de que en ejecución de sentencia se obtuvo un saldo remanente (entre el monto demandado y el monto de la adjudicación) no se tomó en cuenta la obligación no había sido completamente cancelada y por tanto no se encontraba extinguida. ***(Cas. N° 2579-2006-Arequipa).***

Definición de pago

Que el artículo 1220 del Código Civil, establece que se efectuado el pago solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación; por lo que, el pago según Osterling Parodi y Castillo Freyre "(...) es la ejecución de una prestación debida, ya sea esta de dar, de hacer o de no hacer (...) en su acepción más amplia, el pago originaría la extinción de la obligación, cualquiera que sea la forma que ella adopte. Desde este punto de vista, constituiría pago no solo al conocimiento de la obligación dinerada, sino cualquier otro medio extintivo que empleen las partes, llámese novación, compensación, condonación, transacción, etc.; entonces para configurar el pago, al decir de los citados juristas, deben concurrir los siguientes requisitos: a) preexistencia de una obligación; b) que la prestación se efectúe con afirmus solvendi, c) que se pague aquello que se debe y d) que se pague íntegramente lo debido" ***(Cas. N° 1523-2002-Lima).***

El pago y la mora

{D}e conformidad con el art. 1220 del Código Civil, la obligación del Estado de pagar el cincuenta por ciento del valor de las exportaciones realizadas por el demandante a la ex - Unión Soviética y Hungría eran exigibles al vencimiento de las mismas y al no haberse efectuado, originó que se incurriera en mora razón por la cual al existir una deuda insoluta las pretensiones acotadas resultan amparables. ***(Cas. N° 2487-2003-Lima).***

El pago parcial en los títulos valores

{R}especto a la denuncia de inaplicación de los artículos 1220 y 1221 del Código Civil, los mismos que regulan al principio de identidad del pago, esto es que se entiende efectuado el pago solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación; y, sobre la prestación parcial de la obligación, que prescribe que no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen; sin embargo, cabe anotar que de acuerdo al artículo 96 de la Ley N° 16587, se acepta la procedencia del pago parcial cuando expresa que el tenedor de la letra no puede rehusarlo, ya que el derecho al pago parcial, el mismo que corresponde al deudor, se aplica en las obligaciones cambiarias como se da en el presente caso, a fin de no perjudicar a los demás obligados cambiarios, que habrían sido liberados hasta la concurrencia de la suma pagada; en consecuencia, las normas contenidas en los artículos 1220 y 1221 del Código Civil, resultan impertinentes a la controversia. ***(Cas. N° 2065-2002-Santa).***

CORTES SUPERIORES

El pago y la carga de la prueba

Conforme lo establece el artículo 1220 del Código Civil debe entenderse efectuado el pago solamente cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación, correspondiendo asumir la carga de la prueba a quien pretende haberlo efectuado conforme a lo prescrito por el artículo 1229 de la norma antes citada y en estricta sujeción con lo normado por el artículo 196 del Código Procesal Civil. ***(Exp. 867-2005. Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima).***

Indivisibilidad del pago

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

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

Concordancias:
C.C. art. 1220; C.P.C. arts. 716, 717; C.T. arts. 36, 37, LEY 27287 arts. 64, 65

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO / ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

Sin duda la indivisibilidad del pago a que se refiere la presente norma, es el desarrollo del principio de integridad. Esta norma proscribe la posibilidad de forzar al acreedor a aceptar los pagos parciales. No obstante, si la ley lo autoriza o así se ha convenido, el acreedor deberá aceptar la ejecución parcial de la prestación. Lo mismo se puede apreciar en el artículo 869 del nuevo Código Civil y Comercial argentino, según el cual: "El acreedor no está obligado a recibir pagos parciales, excepto disposición legal o convencional en contrario (...)".

"La indivisibilidad supone la unidad en el cumplimiento de la prestación, el acreedor tiene derecho a la prestación que no puede fraccionarse en el tiempo ni en partes, no importando si el objeto con el que se cumple puede o no ser susceptible de división"(1).

Sin embargo, existen algunos supuestos en que la ley admite el pago parcial, tal como es el caso de la Ley de Títulos Valores, que obliga al tenedor a aceptar el pago parcial de la obligación contenida en el título (artículo 65 num. 65.1); el Código Tributario, que obliga a la Administración Tributaria a imputar como pago parcial a las deudas tributarias del contribuyente cuando este no especifique a qué tributo o multa se debe imputar su pago (artículo 31); por último, la Ley del Impuesto a la Renta, que dispone que las retenciones y las percepciones realizadas por los agentes de retención o de percepción serán consideradas como pagos a cuenta del impuesto a la renta (artículo 70).

En rigor, si la ley no lo establece o si no se ha convenido, no puede hablarse de pago parcial, sino puro y simple incumplimiento. En tal virtud, cualquier pretensión de pago parcial que no cuente con el asentimiento del acreedor o respaldo legal, será un supuesto de incumplimiento de la prestación debida.

Esta norma tiene como antecedente el Código Civil de 1936, el cual modificó la regla instaurada por su predecesor, el Código Civil de 1852, que sí admitía la posibilidad de que el deudor efectuara pagos parciales. El sustento de este cambio de opción legislativa se encontraría en que "el acreedor puede alegar razones económicas valiosas para rehusar los pagos parciales y por eso (...) el acreedor, salvo cuando así se estipuló en el contrato, no puede ser obligado a recibir el pago por partes, quedando abolida la solución vigente que sanciona la solución contraria"(2).

La relación entre la integridad del pago y el principio de indivisibilidad es evidente, el segundo es una expresión del primero y ambos tienen el mismo fundamento. En el plano legal

(1) GETE-ALONSO, María del Carmen. "El pago o cumplimiento de la obligación (I)". En: *Manual de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Civil, Teoría General del Contrato".* 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 182-183.

(2) OLAECHEA, citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones,* Tomo IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 232.

el respeto de lo acordado y el cumplimiento de la ley, constituye en el terreno económico el cumplimiento de la regla referida al costo de oportunidad. Y es que el pago "es la puesta en práctica (ejecución), de manera exacta y puntual, de la prestación debida, y produce la extinción de la obligación, la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor"[3]. Así, se cumple uno de los requisitos objetivos del pago. En efecto, es claro que el pago solamente se reputa efectuado cuando la prestación haya sido cumplida en su totalidad; asimismo, no se pueden efectuar prestaciones distintas, ni por encima ni por debajo de la prestación originalmente debida. Como consecuencia de ello, el deudor tampoco puede efectuar pagos parciales, pues afectaría la enunciada integridad del pago, a menos que el acreedor esté dispuesto a aceptarlos o cuando la ley o el pacto lo autoricen.

En cuanto al segundo párrafo del artículo bajo comentario, la norma se coloca en el supuesto de que la obligación tenga una parte líquida y otra ilíquida. Esta ausencia de uniformidad tiene como contexto que, por factores accesorios a la obligación, una parte de esta se haya liquidado con anterioridad. Como consecuencia de lo expuesto, la obligación presentará una porción líquida y otra ilíquida.

Dada la diferente naturaleza de los segmentos de la obligación, la norma bajo análisis ha optado por diferenciar entre estas dos porciones, presentándose una suerte de independencia entre la parte líquida y la parte ilíquida de la obligación, sin que ello importe su división. En efecto, la primera consecuencia de esta distinción es que se otorga al acreedor la potestad de exigir el pago de la parte líquida sin esperar a que se liquide la porción que permanece ilíquida.

Mediante esta regla se pretende dotar al acreedor de un mecanismo para hacer efectiva su acreencia de manera más rápida, de modo que el deudor no pueda excusarse del pago alegando que el íntegro que la deuda todavía no ha devenido líquida en su totalidad.

Ahora bien, cabe precisar que en el caso de la parte líquida de la deuda, esta debe ser cierta en su existencia y determinada en su cuantía[4]. Verificados estos requisitos, la obligación será susceptible de ser ejecutada en este extremo, es decir, la parte líquida de la obligación deviene exigible. No obstante, adviértase que la obligación se sigue considerando como una integridad y no de manera separada; el principio de integridad persiste respecto de toda la obligación y la excepción es posible solo cuando el acreedor así lo requiera.

En este orden de ideas, cabría preguntarse si la posibilidad de efectuar pagos parciales por la porción líquida de la obligación solo es susceptible de realizarse mediando requerimiento del acreedor o si, por el contrario, el deudor tiene derecho a cancelar la parte líquida de la obligación sin necesidad del asentimiento del acreedor. Dicho en otros términos ¿se trata de una potestad exclusiva del acreedor, o el deudor también estaría en condiciones de efectuar pagos parciales por la parte líquida de la obligación, sin que estos puedan ser rechazados?

La respuesta a esta interrogante parte de analizar la regla recogida en el primer párrafo del artículo bajo análisis, esto es, que el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales. Las excepciones que establece la norma se refieren a cuando la ley o la autonomía privada autorizan dicho pacto.

Sobre el particular, Busso[5] considera que la posibilidad de demandar la parte líquida de la deuda vendría a ser una facultad del acreedor a la cual el deudor debe avenirse. En

(3) GETE-ALONSO, María del Carmen. Op. cit., p. 232.
(4) LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil,* Tomo VI, *Tratado de las Obligaciones,* Volumen I. Buenos Aires, 1947, p. 344; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial,* Tomo I. 4ª edición. Tecnos, Madrid, 1993, p. 521.
(5) BUSSO, citado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., p. 236.

realidad, lo sustancial de la norma es la posibilidad de separar lo líquido de lo ilíquido a los efectos del pago; en consecuencia, el deudor, también por su propio interés, podría tomar la iniciativa de hacer efectiva esa separación, pagando lo líquido y liberándose de responsabilidades, riesgos e intereses respecto de la parte líquida de la obligación. En tal virtud, operaría una excepción al principio de indivisibilidad del pago.

Esta posición podría encontrar sustento en la naturaleza jurídica del pago, el cual además de constituir un deber es también un derecho; es decir, el deudor no solo está obligado a cumplir con la prestación a su cargo, sino que también tiene el derecho de hacerlo. Este segundo aspecto del pago tiene su fundamento en el derecho legítimo del deudor de liberar a su patrimonio tan pronto como sea posible de la carga que importa el pago; asimismo, con el pago el deudor evita los daños y perjuicios que podrían derivarse de una eventual inejecución, sin perjuicio de su derecho a cumplir con el deber moral que importa la obligación de pagar.

La lógica que inspiran estos argumentos resulta por demás atractiva; sin embargo, el legislador nacional parece haber descartado esta posibilidad al considerar como únicos supuestos en que podría obligarse al acreedor a aceptar pagos parciales aquellos que la ley o el pacto autoricen. Este temperamento imprime una línea de interpretación restrictiva a nuestra pretensión de que el deudor pueda efectuar pagos parciales, por cuanto la presente norma ha recogido como regla general que el derecho de efectuar pagos parciales es privativo del acreedor.

En atención a dicho criterio, es posible afirmar que cuando la obligación presenta una porción líquida y otra ilíquida, la situación del deudor permanece inalterada. El pago continúa siendo indivisible.

Esta es la interpretación que en nuestra opinión se ajusta mejor al texto de la norma y a los principios que la informan. Por tanto, el deudor no estará en condiciones de efectuar pagos parciales sobre las porciones líquidas de la deuda, no solo porque el primer párrafo del presente artículo lo impide, sino porque nuestro Código ha optado por considerar que se trata de un derecho exclusivo del acreedor.

DOCTRINA

DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Tomo I. 4ª edición. Madrid, Tecnos, 1993; GETE-ALONSO, María del Carmen. "El pago o cumplimiento de la obligación (I)". En: Manual de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Civil, Teoría General del Contrato". 2ª edición. Marcial Pons, Madrid, 1998; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones, Volumen I. Buenos Aires, 1947; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones: modalidades y efectos, Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1956; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo I. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Tomo IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

En el contrato puede pactarse la posibilidad de realizar pagos parciales

{L}a inaplicación del artículo 1221 del Código Civil resulta injustificada, porque en su condición de deudor tiene facultades a compeler al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, ya que el Contrato de Ampliación de Reconocimiento de Deuda y de Hipoteca (cláusula segunda) así se lo permite, mas aún si no se le ha comunicado del supuesto vencimiento de todas las cuotas vencidas, motivo por el cual hasta la fecha no se ha opuesto a los pagos parciales que viene realizando. (Cas. Nº 4830-2006-Lima)

Pago realizado por tercera persona

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

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

Concordancias:
CC art. 1149; C.T. art. 30; LEY 26887 arts. 108, 109

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. Notas introductivas: algunas cuestiones sobre el cumplimiento en general. Los denominados principios del cumplimiento. El interés del acreedor

La disciplina del cumplimiento del tercero en nuestro Código Civil se encuentra no solo en el precepto central de la figura identificada en la *fattispecie* del artículo 1222 CC sino también en aquella normativa a que se refiere el cumplimiento en general (artículos 1220 y ss. del CC), que en nuestro ordenamiento positivo adopta la nomenclatura de "pago", lo que ciertamente puede dar lugar a algunas perplejidades. Es por ello oportuno revelar algunos lineamientos generales del deber de cumplimiento compatibles con la regla particular del cumplimiento del tercero, abordando las implicancias conceptuales entre la actividad (extintiva, liberatoria y satisfactiva) del deudor y la actividad del tercero, no extintiva ni liberatoria, pero sí satisfactiva del interés del acreedor, elemento funcional-dinámico de la relación obligatoria.

Tal orientación se dirige a responder la interrogante acerca de qué manera la disciplina del cumplimiento del tercero puede sistemáticamente avecinarse a las reglas generales del cumplimiento, lo que podría conllevar directas consecuencias sobre su debida aplicación en el ámbito que nos concierne. Me refiero, principalmente, a la mora del acreedor (artículos 1338 y 1339 CC), a la prohibición del cumplimiento parcial (artículo 1221 CC) y a la dación en pago (artículo 1265 CC) las que, en lo particular, suponen situaciones en las que la actuación del tercero puede verse injustificadamente obstaculizada (rechazo del acreedor), limitada o también favorecida en el devenir de su objetivo satisfactivo.

No debe olvidarse que cumplir una obligación, haciendo patente su materialidad fenoménica, es sinónimo de realizar exacta y totalmente la prestación debida. Así, para que el cumplimiento actúe como modo de extinción, y por lo tanto libere al deudor, es preciso que este sea exacto, es decir, que se ajuste de forma absoluta al programa prestacional siendo que en este caso necesariamente el interés del acreedor se verá satisfecho. Cualquier defecto en el comportamiento del deudor, incluso atinente a sus circunstancias, generará la consecuencia de que dicha situación sea calificada como un incumplimiento (en sentido lato). Y es que para que el cumplimiento despliegue su plena eficacia extintiva, liberatoria y satisfactiva, deben de concurrir una serie de exigencias, que se refieren a los sujetos que lo ejecutan, al objeto y a las circunstancias de tiempo y lugar que lo supeditan.

Dichas exigencias se concretan en que:

1° Desde el punto de vista de los sujetos, la regularidad del cumplimiento presupone capacidad y legitimación en la persona que lleva a cabo el acto y en la persona que recibe la o las prestaciones que se ejecutan.

2° Desde el punto de vista del objeto, son requisitos de regularidad del cumplimiento la identidad y la integridad de la prestación y su adecuación con el programa.

3° Desde el punto de vista de las circunstancias, es necesario que el cumplimiento se realice en el tiempo y en el lugar previstos en el negocio jurídico constitutivo de la relación obligatoria o, en las normas que regulan tales hipótesis. por lo menos, adecuado para obtener la satisfacción del interés del acreedor.

Frente a tal enfoque, acogido en nuestro derecho positivo, se ha señalado que sería más adecuado, en vista de un análisis sistemático, el recurrir a la fórmula "exacto-inexacto cumplimiento". Ello hubiese representado una oportuna elección de política legislativa, no solo en el sentido de rechazar una enumeración puntual de las varias figuras de incumplimiento, pues se evidencia la connatural imposibilidad de una adecuación perfecta de cualquier estructura estática y/o esquemática a una variedad de casos concretos; sino también, y sobre todo, de adoptar, en lugar de una genérica referencia al incumplimiento *tout court*, una cláusula general de responsabilidad que asumiendo como regla la "exactitud" del cumplimiento y calificando al contrario el incumplimiento en términos de inexactitud de la prestación, aparece idónea a comprender en su valoración sistemática la vasta gama tipológica en la cual puede concretarse la inactuación de la relación obligatoria, abarcando, tanto la hipótesis límite de la inejecución de la prestación debida por el deudor (el llamado incumplimiento absoluto), como cualquier otra anomalía de dicha prestación en la que se ponga de manifiesto su deformidad respecto al modelo asumido en el contenido de la obligación (el llamado incumplimiento relativo) (TURCO, pp. 20-21).

Lo que se pretende con esta última impostación es ordenar todas las hipótesis de defectuosidad de la conducta del deudor y considerarlas todas ellas, en conjunto, como incumplimientos, puesto que de cumplimiento solo puede hablarse cuando el deudor ha desarrollado perfectamente la actividad a que se encuentra obligado, puesto que, en caso distinto, dependerá del interés concreto del acreedor la liberación del deudor, al margen de la apreciación que ha de efectuarse según el criterio de la buena fe, el que, dada la situación concreta, podría alterar la valoración final de una conducta irregular del deudor. A lo que se llega es a la afirmación de que la única forma de que el deudor se libere estrictamente por su propia actuación es ejecutando exactamente la prestación debida en los términos descritos. En los demás casos, su liberación o responsabilidad, de ser el caso, tendrá que ser dirimida acudiendo a factores externos a su específico campo de actuación (p.e la imposibilidad liberatoria).

Es muy importante visualizar que en el cumplimiento del tercero –más allá del aspecto meramente estructural enunciado– se debe atender a que la correlación entre prestación e interés creditorio se desarrolla en base a la circunstancia en que el tercero ajeno a las posiciones inherentes al acreedor y deudor, más allá de la cualificación de su comportamiento en términos de verdadero y propio cumplimiento, ejecuta la prestación contenida en la relación obligacional realizando el interés del acreedor; reflexión que da lugar a la exigencia de reconstruir y definir sobre el plano "funcional", antes que sobre el plano estructural, la concreta incidencia desplegada por la actuación prestacional del tercero respecto al cumplimiento del deudor y sobre las situaciones jurídicas subjetivas de crédito y débito en las que se articula la relación obligatoria. En otras palabras, es oportuno distinguir entre los planos de incidencia funcional y de conformación estructural del cumplimiento (actuación prestacional) del tercero y del cumplimiento del deudor, atendiendo a que el interés constituye la expresión sintética de una relación entre un sujeto y un determinado bien; constituiría el elemento teleológico para cuya realización la norma atribuye a un sujeto un poder jurídico y, en tal óptica,

representaría el presupuesto de aquella particular forma de tutela que se ha expresado en el derecho subjetivo (NICOLÓ, pp. 60 y ss). Es obvio que este enfoque no puede establecerse en torno a la constatación de un resultado económicamente equivalente si la prestación hubiese sido ejecutada por el deudor sino, por el contrario, apoyarse sobre consideraciones dogmáticas, es decir, de orden científico-jurídico, refiriéndonos de mejor manera a la idea interés creditorio, en tanto este se haya diferenciado, sobre todo por su mayor amplitud frente a la llamada "ventaja económica" entendida como la utilidad económicamente valorable que la prestación aporta al acreedor o, más restrictivamente, el valor de mercado del bien o del servicio debido (BIANCA, p. 86 y ss.).

Afinca lo señalado que sobre el plano funcional del cumplimiento del tercero, no puede sino que verificarse la satisfacción del acreedor y, por ende venir a menos sus pretensiones contra el deudor, mientras que, en la perspectiva de este último, la ejecución de la prestación por el tercero puede conllevar la extinción de la obligación y la liberación del deudor, siempre que el tercero no venga a subrogarse en el derecho del acreedor y pretender el cumplimiento del deudor (INZITARI, p. 441).

Por ello, es momento de aclarar en qué consiste el interés del acreedor a los fines de verificar su importancia central en la calificación del cumplimiento y en la "actuación" del tercero, en aras de dirigir la atención sobre el plano funcional, tanto en el aspecto del cumplimiento debido como en aquella situación patológica de cooperación rehusada, justificada o no, que se centra en la falta de satisfacción del interés del acreedor: Es obvio que el plano funcional no puede estar en contradicción con el plano material-estático pues ambos deben articularse en el desenvolvimiento de la relación obligatoria.

En mi entender la noción de interés se dirige a identificar el nexo de tensión entre un sujeto y un bien o entidad externa, idónea para satisfacer sus necesidades. Asume, entonces la categoría de sustrato de la situación jurídica tutelada por el derecho (BETTI, pp. 838 y ss.). Esta definición se ajusta al rol fundamental desarrollado por el interés del acreedor –subyacente a la relativa situación jurídica subjetiva identificada en el derecho de crédito– denotándose la connotación central y dinámica del interés del acreedor, el cual permaneciendo en su núcleo mismo se enriquece de los aportes y motivos nuevos que antes no se encontraban en el marco de desenvolvimiento del contrato (DI MAJO, 1967, p. 442)

Es claro, en un primer momento, que el interés del acreedor coincide, mejor dicho, debería siempre coincidir, con la ejecución exacta de la prestación debida, por lo que necesariamente tendrá que verse satisfecho ante la ocurrencia de un comportamiento del deudor que coincida plenamente con el contenido programático de la relación obligatoria. De lo expuesto fluye que el interés del acreedor nunca constituye solamente un aspecto subjetivo, en el sentido de identificación con el plano de un querer interno sino que, por el contrario, requiere, o ser típicamente considerado por la correspondiente *fattispecie* o, en todo caso, objetivado (expresado) indubitablemente en la hipótesis concreta. En otras palabras, la coincidencia inicial con la prestación debida, dispuesta en el acto originante de la relación obligatoria, que puede corresponderse o no con la tipicidad de este respondiendo a una exteriorización expresa del propósito práctico (causalización), no podrá ser negada por el sujeto que ocupa la posición creditoria (acreedor). En el caso que la prestación se ejecute por el deudor en forma "exacta", según lo señalado, la equiparación entre esta situación y la satisfacción del interés del acreedor será innegable produciéndose la extinción de la relación obligatoria; esto sin perjuicio de alguna situación excepcional, como por ejemplo se arguye en el caso del pago al acreedor aparente (art. 1225 CC). Valga la ocasión para indicar que esta hipótesis no puede ser necesariamente

identificada con un supuesto de ejecución no satisfactiva como tal, sino uno que tiene como sustento la apariencia creditoria en un sujeto que ostenta la posición legitimante, resultando por lo menos, discutible, el acudir a él para demostrar la no necesaria equiparación entre cumplimiento exacto y satisfacción del interés, ya que el interés del acreedor (aunque aparente) estaría satisfecho en lo que concierne al deudor que ha realizado objetivamente el comportamiento destinado a tal satisfacción, y por lo tanto, a la extinción de la relación.

Cuando se presenten desviaciones en la conducta programada del deudor, que involucren la alteración del principio de exactitud, entendido en forma amplia, es claro que el acreedor podrá hacer uso de su derecho de rechazo a la prestación irregularmente ejecutada (con lo que verificaría el incumplimiento) apoyándose justamente en su falta de exactitud, con lo que eventualmente cabría la posibilidad de acudir a los mecanismos de tutela previstos por el ordenamiento ante la lesión de su interés (ejecución forzada o resolución-privación de efectos, de ser el caso). Lo mismo ocurriría con la actividad del tercero dirigida al cumplimiento en tanto se requiere la idoneidad de su actividad para realizar el interés del acreedor tal y como lo hubiese sido mediante la actividad del deudor. Entonces, también el acreedor podría rechazar la "prestación" del tercero cuando se presenten indicios objetivos de que este no podría efectuar la atribución patrimonial con la legitimidad necesaria (p.e el tercero no es dueño de la cosa fungible entregada al acreedor); es decir, en otros términos, el acreedor podrá rechazar el ofrecimiento del tercero a cumplir cuando se aprecie que la consistencia patrimonial del tercero no asegura la inatacabilidad del pago (p.e. dando lugar al peligro de una acción revocatoria). En tales supuestos se puede, sin perjuicio de la equiparación entre la actividad del deudor y del tercero, marcar el rompimiento del principio según el cual corresponde a todo tercero, en plena autonomía y libertad, el cumplir la obligación ajena, incluso contra la voluntad del acreedor, constituyendo por tanto carga (onere) de este recibir el cumplimiento también del tercero (DI MAJO, 1994, p. 60).

En lo que atañe al cumplimiento del deudor, este derecho solo se encontraría limitado por la buena fe, cuando, por ejemplo, se estima que la "inexactitud" incurrida no es de tal magnitud para permitir, p.e. la resolución del contrato. En lo que concierne al tercero, sin perjuicio de los casos enunciados, se denota también la posibilidad de que existan límites a su actuación dirigida al cumplimiento en los que el acreedor podría rechazarla, problemática de la que trataremos después. Otro caso de rechazo justificado es la llamada oposición del deudor: punto a abordarse en la última parte de este comentario.

De tal análisis podría efectivamente colegirse incluso el concepto de incumplimiento: entendido como toda situación jurídica objetiva de falta de satisfacción del interés del acreedor, prescindiendo de cualquier valoración del comportamiento del deudor; puesto que los casos de "exactitud", si bien deben objetivamente coincidir con la satisfacción del interés, no son los únicos supuestos que pueden producirla, como se tiene en el caso del "cumplimiento" del tercero, atendiendo a la simple premisa según la que, en estricto, el único que puede cumplir la prestación debida es el deudor: el tercero en cualquier caso, podrá solamente ejecutarla, en tanto el interés del acreedor se dirige al bien (utilidad) y la actividad del tercero realizaría el derecho – interés del acreedor sin actuar el deber de prestación que grava al deudor. Es claro que en estos supuestos prescindimos de la imputabilidad del incumplimiento.

Así, no es correcto, observar el cumplimiento, exclusivamente como un comportamiento del deudor, comportamiento, se dice, debe ser conforme al programa negocial. El interés del acreedor, desde este punto de vista, no determinaría el contenido del cumplimiento (del deudor) en tanto pueden verificarse casos en los cuales, no obstante, el deudor se haya comportado

correctamente (por lo que no podrá ser considerado incumplidor) aquel no se ha visto satisfecho (como por ejemplo se tiene en el caso del médico que se empeña en curar un paciente sin conseguirlo); y que, al contrario, existirían casos en los cuales el interés del acreedor es satisfecho aunque el deudor no verifique el comportamiento prestacional (FRANCESCHETTI, pp. 81-82), como se tendría precisamente en el cumplimiento del tercero.

2. La *fattispecie* del artículo 1222 del Código Civil: precisiones conceptuales y sus intrínsecas limitaciones de operatividad

La *fattispecie* (supuesto de hecho legal) contenida en el artículo 1222 CC recoge, o permite mejor dicho, lo que en la doctrina se ha llamado como el "cumplimiento del tercero", permisión que, vale ya decirlo desde un primer momento, tiene como principal objetivo la satisfacción del interés del acreedor. En tal sentido, se ha señalado que, a través de la admisibilidad del cumplimiento del tercero, el legislador ha claramente demostrado querer preferir el interés general de los acreedores a ver actuada la relación incluso por no-deudores respecto a aquel, eventualmente contrario, del particular deudor, y también del particular acreedor (DI MAJO, 1994, p. 70).

La primera impresión que nos causa el artículo submateria es que este resulta incompleto y confuso con miras a resolver la problemática planteada.

Es obvio que dicha norma, como casi todo el Libro de las Obligaciones, es de corte francés. Nótese como la legislación francesa, concretamente el artículo 1236 del *Code* Napoleón, es atenta todavía a que la posición del deudor no venga perjudicada por la intervención, no solicitada del tercero. El Código francés distingue, al igual que el nuestro, entre tercero interesado y no interesado. Solo al primero es reconocida la posibilidad de intervención en cuanto titular de un legítimo interés al cumplimiento (tal el coobligado o aquel que haya dado una caución a favor del deudor). Para los terceros no interesados se necesita se necesita demostrar la ventaja del deudor.

Nuestra opción legislativa, a pesar de la anotada similitud, se aparta de tal orientación al no otorgar consecuencias expresas a la existencia o no de un interés en el tercero, las que deberán ser deducidas, sin dar relevancia inicial a la existencia o no de asentimiento por parte del deudor. Con respecto a la esfera de interés del deudor, la no existencia de asentimiento, se considera decisiva solo para determinar la situación sucesiva del tercero que "cumple" la prestación. Parece, por lo lato de la mención a la falta de asentimiento del deudor, que dentro de la misma estaría comprendida también la oposición del deudor, lo que será examinado en los puntos siguientes. Se revela, por demás, cómo la norma, por sí sola, no resuelve los problemas innatos al desenvolvimiento de la actividad del tercero, tales como los límites y, sobre todo, los efectos de la aludida oposición del deudor en miras a la tutela de su derecho de liberación. Será necesario entonces proceder a la construcción de la disciplina utilizando la normativa pertinente a fin de extraer del entero sistema las soluciones a los problemas planteados.

Debemos de acotar que el hecho de que el tercero tenga o no interés en el cumplimiento sí puede generar consecuencias que se enmarcan en la aplicación de la subrogación de pleno derecho o de la denominada "convencional" (numeral 2 del artículo 1260 y numeral 1 del artículo 1261 CC). La posibilidad de una subrogación siempre se tendrá presente ya que, como se tiene que deducir, exista o no interés esta se puede producir. Así, si el tercero tuviera interés legítimo, aun cuando no tenga el asentimiento del deudor, se produciría la subrogación legal estando a lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 1260 CC. El caso descrito en el segundo párrafo del artículo 1222 CC atinente a la existencia de una obligación estrictamente

restitutoria, es aquel en que el tercero no tiene interés en el cumplimiento y además cumple sin asentimiento del deudor. Por ejemplo, un tercero interesado es el copropietario que cumple la obligación de otro copropietario, con el fin de evitar la afectación del bien, o aquel propietario que ha hipotecado su casa para garantizar una deuda ajena; en otros términos, un tercero interesado es el que al ejecutar la prestación protege la realización de sus derechos subjetivos, que, de lo contrario, pudieran verse lesionados. Pero volviendo al tema, cuando se alude a la posibilidad de que el tercero no interesado, que paga sin asentimiento del deudor, solo pueda exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago, lo que se quiere decir es que se dispone la restitución estricta de la ventaja patrimonial obtenida por deudor sin la intervención de ningún otro concepto (intereses o daños y perjuicios).

Volviendo al análisis de la norma, ya se ha precisado que la satisfacción del interés del acreedor puede ser conseguida aún sin la intervención directa ni indirecta del deudor, como sujeto constreñido a la ejecución de la prestación debida. La incorporación de este mecanismo implica la admisibilidad de la ejecución de la prestación por obra de un sujeto distinto del deudor, sea dentro de los límites contextualmente y específicamente delimitados por el legislador en la misma norma, o dentro de aquellos parámetros que puedan deducirse del entero sistema (RESCIGNO, p. 1230), reconociendo que la justificación de la figura encuentra sustento en una función "*solutoria*" que se manifiesta en la fase de actuación de las obligaciones (BRECCIA, p. 437).

El debate dogmático, entonces, se centra, en la admisibilidad de la prestación "cumplida" por el tercero con respecto al cumplimiento "normal" del deudor, tomando en consideración el aspecto funcional de la relación obligatoria y no el aspecto estructural, pues con este último existe una incompatibilidad en cuanto la prestación solo podría ser cumplida estrictamente por el deudor. Sobre esto, sin perjuicio de lo expuesto, precisemos, a manera de resumen, que el "cumplimiento" del tercero, al igual que el efectuado por el deudor, también debe de valorarse tomando el criterio contenido en la cláusula general de "exacto-inexacto cumplimiento", delimitada en el sentido de que el cumplimiento del tercero debe ser, por lo menos, objetivamente idéntico al que hubiere realizado el deudor, puesto que, de no ser así, se incurriría en una transgresión de los derechos subjetivos del deudor específicamente aquel de liberarse normalmente frente al acreedor originario (apoyada en una situación jurídica subjetiva de desventaja activa-débito). Por otro lado, el acreedor puede, no debe, aceptar del tercero la ejecución de una prestación inexacta, bajo el perfil cuantitativo (cumplimiento parcial), en igual forma que le hubiese sido permitido consentírsela al propio deudor, utilizando el argumento a contrario contenido en el artículo 1221 del Código Civil. Si ahondamos un poco en esta última norma citada, podremos extraer el problema de si el acreedor que ha aceptado un cumplimiento parcial del tercero, podría dirigirse al deudor por la parte de la prestación pendiente.

Sin embargo, se ha señalado, que la regla de la "exactitud" del cumplimiento puede tener dos perfiles, el objetivo, vinculado a la conformidad de la prestación ejecutada con el contenido de la obligación que pesa sobre el deudor, y el subjetivo, conexo a la identidad de los sujetos inmersos en la ejecución, y en particular, a la persona (parte) llamada a cumplir (TURCO, pp. 23-24). El primero tiene indudable relevancia en el plano de la verificación del cumplimiento y del posible surgimiento de la responsabilidad como consecuencia de la falta de exactitud; el segundo, no obstante, parece haber sido considerado irrelevante con el reconocimiento del cumplimiento del tercero, o más aún, con la concesión de una legitimidad genérica para el cumplimiento, que se denota cuando la primera parte de la *fattispecie*

acotada señala que puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él.

3. Los límites del cumplimiento del tercero. El interés del acreedor en el cumplimiento "estricto" del deudor. El interés del tercero a cumplir

Ahora bien, es evidente que la configuración de una legitimidad genérica para el cumplimiento puede estar supeditada a la anuencia del acreedor que en ciertos casos justificadamente rechaza la actividad del tercero dirigida al cumplimiento. Esto es lo que la mayoría de la doctrina identifica como límites del cumplimiento del tercero, sustentado en el interés contrario del acreedor, o del deudor, que aparece vinculado principalmente al perfil concerniente a la personalidad de la prestación, en otros términos, a la exigencia de una ejecución personal (DI MAJO, 1994, pp. 59-60). Quien debe cumplir es siempre el deudor, también un tercero cualquiera puede pagar por él, incluso contra la voluntad del acreedor, pero no cuando se trate de prestación infungible sobre la cual el acreedor tenga un interés objetivamente valorable de verla cumplida personalmente por el deudor (TRABUCCHI, p. 647).

Es claro que uno de tales límites se concreta cuando el acreedor no se verá satisfecho con la actividad del tercero porque su interés se dirige a que el deudor ejecute personalmente la prestación. El acreedor puede rechazar que otro se sustituya al deudor en el cumplimiento, toda vez que el acreedor tenga un interés a la ejecución personal de la obligación por parte del deudor (INZITARI, p. 441). Incluso algún autor considera que el único límite que encuentra el cumplimiento del tercero es aquel constituido por la existencia de un interés del acreedor a que el deudor ejecute personalmente la prestación (DI MAJO, Adolfo p. 59). Generalmente, se identifica estas prestaciones como contenido de las denominadas obligaciones *intuito personae*. Tenemos como ejemplos de estas obligaciones el retrato del célebre pintor, el reconocido prestigio de ciertas empresas constructoras en la edificación de viviendas familiares, la atención de un determinado profesional médico o abogado para tratar asuntos judiciales de orden personal o afectivo y, en general, todas aquellas prestaciones que requieren competencia y pericia específicas. La valoración particular del contenido de la relación obligatoria, según los lineamientos expuestos en la parte introductoria ayudarán a evaluar la naturaleza "personal" de la prestación a ejecutarse en cada caso, máxime cuando se desborda la tipicidad del interés y se tiene que recurrir a lo que se llama como la causalización del motivo. Es interesante cómo la doctrina alemana nos informa de ciertos tipos negociales en lo que, por disposición legal expresa, en caso de duda, la prestación debe ser ejecutada por el deudor en persona (LARENZ, pp. 254-255).

En nuestra realidad normativa parece que el asunto se ha tomado en un sentido nominalmente inverso, pero llegando al mismo resultado que se logra, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, puesto que el artículo 1222 CC ha configurado como regla la legitimación genérica para cumplir, excluyéndola solo cuando la naturaleza o el pacto, que puede ocurrir en cualquier momento entre las partes no lo permitan. El término "naturaleza", contenido en el primer párrafo del artículo, permite tomar en consideración tanto el interés del acreedor en que sea el propio deudor el que cumpla con la prestación, como las características de la prestación que podrían justificar la negativa al cumplimiento del tercero. Apoya clarísimamente el límite analizado el tenor del artículo 1149 CC, que permite *in genere* la ejecución de la prestación por un tercero, no importa si actuando por encargo del deudor o autónomamente, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que este fue elegido por sus cualidades personales. La lógica de esta norma informa por su amplitud también a la

figura del cumplimiento del tercero y nos confirma cómo la tutela del interés del acreedor se ve amparada en las hipótesis en las que el origen de la relación obligatoria tiene como substrato la ejecución personal del deudor.

Importante es, aunque ello no sea recogido por la norma subcomento, incidir concretamente en que la intervención del tercero debe ser espontánea: ella no debe ser provocada por una actividad del deudor, ya que, en este caso, nos encontraríamos ante una directiva de este último, lo que lo aparta de la hipótesis del cumplimiento de un débito ajeno. El tercero en nuestro caso cumple autónomamente, es decir sin ser representante, gestor, mandatario, auxiliar, etc, del deudor; en otros términos, no encamina su actividad a la liberación del deudor, sino primigeniamente a la satisfacción del interés del acreedor.

Más interesante es detenerse sobre aquel otro límite al cumplimiento del tercero que confiere al acreedor la facultad de rechazar justificadamente la oferta del tercero: nos referimos al supuesto de la oposición del deudor.

Los límites del cumplimiento del tercero guardan una importancia trascendental en el aspecto práctico ya que constituyen la única justificación para el rechazo de la prestación del tercero: de no existir ninguna justificación podría utilizarse el procedimiento de liberación coactiva, identificado en nuestro ordenamiento en el pago por consignación ex artículos 1251 y ss. CC; así, a falta de un interés objetivamente relevante a la ejecución de la prestación por el propio deudor o por oposición del deudor, según se verá, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento del tercero, con la consecuencia que la ilegitimidad del rechazo a la prestación del tercero impide al acreedor actuar contra el deudor. Con la justificación otorgada solamente por los casos de limitación se rompe la regla general reflejada en la legitimación genérica reconocida por el artículo 1222 CC.

En síntesis, la posibilidad del acreedor de rechazar la oferta del tercero se presenta, en tal modo, del todo excepcional, limitada, como se ha visto a ciertas categorías de relaciones y en conexión con el objetivo carácter de infungibilidad de la prestación del deudor.

4. La oposición del deudor. El derecho del deudor a la liberación

Llegados a este punto, es momento oportuno de abordar la conexión existente entre el denominado derecho a la liberación del deudor, atinente a la dinámica general de la relación obligatoria y la eventual oposición del deudor al cumplimiento del tercero. Dicha problemática adquiere matices de interés sobre todo porque no existe aparentemente ningún apoyo en el derecho positivo que nos permita determinar una posición concreta sobre el particular.

El derecho de liberación del deudor puede primeramente estar apoyado en una situación jurídica subjetiva de desventaja activa que es imperativo, para el deudor, remover. No puede ser indiferente para el deudor el modo a través del cual consigue la liberación, lo que según algunos autores no se restringe a un aspecto pura y abstractamente ético ya que en el fondo lo que se desea constatar es si el ordenamiento considera relevante el interés del deudor a conseguir la liberación, destacándose la necesidad de la atribución de un derecho potestativo. La tutela del interés del deudor estaría más que asegurada cuando a este le fuera ofrecido el medio idóneo, que además de hacerle conseguir la liberación del vínculo, le permita también constatar, en definitiva, que él ha efectuado todo cuanto estaba constreñido a hacer a efectos de verificar un exacto cumplimiento y la consencuencial realización del interés del acreedor. A tal efecto, más que el recurso al esquema de una obligación, aunque sea accesoria y marginal a cargo

del acreedor, parecería más acorde el reconocimiento al deudor de una posición típicamente instrumental tal como el derecho potestativo", solución que se refleja en los institutos de la mora del acreedor y de la liberación del deudor independientemente de toda cooperación o, por añadidura, contra la voluntad del acreedor (NATOLI, p. 65; BARASSI, p. 92).

Se ha destacado que en el tentativo de reconstruir la posición del deudor en forma integral se alude a peculiares "derechos" que acompañarían el deber en la fase del cumplimiento, los que encuentran en la hipótesis del alargamiento de la relación derivado de un abuso del acreedor un ejemplo plausible, pero que revela no tanto un derecho del deudor al cumplimiento sino más bien un derecho a liberarse, si es necesario, en forma diversa al cumplimiento (BRECCIA, p. 457). denotándose que antes de que se verifique la situación moratoria creditoria el derecho a liberarse se reabsorbería en el comportamiento debido.

Acerca de la oposición del deudor, se entiende a que otro sujeto cumpla la prestación a su cargo, se ha discutido en torno a su incidencia en el desenvolvimiento de la relación obligatoria en lo que concierne a la legitimación que conferiría al acreedor para rechazar la oferta del tercero a cumplir.

Así por un lado se había señalado que dicha oposición debía de considerarse irrelevante, por lo que el acreedor no podría solo por tal hecho rechazar la oferta del tercero. Esta posición se sustenta en que al tercero se le reconoce un derecho de cumplir la obligación ajena derivando de ello que la oposición del deudor no tendrá efecto. Son los casos en que se ha reconocido un *Ablösungsrecht* al tercero, donde el acreedor se dispone a efectuar actos de expropiación sobre los bienes del deudor, respecto a los cuales el tercero corre el riesgo de perder un propio derecho. Corresponde a todo tercero, en plena autonomía y libertad, según esta tesis, el cumplir la obligación ajena, incluso contra la voluntad del deudor (CARBONI, p. 196 y ss.).

La posición contraria, también extrema, sostenía que como consecuencia de la oposición el acreedor quedaba impedido de aceptar la oferta del tercero, quedando por ello constreñido a rechazarla (BORSARI, p. 616). Una posición intermedia deja al acreedor en la elección de aceptar o no la oferta del tercero. Desarrollando este última idea se ha señalado que el acreedor tiene la facultad, no el deber, de rechazar el cumplimiento cuando el deudor le haya manifestado su oposición (por ejemplo, el deudor no quiere que sus deudas sean pagadas por un conocido personaje de pasado "poco honesto", por un adversario político o por un odiado competidor (INZITARI, p. 441).

La vinculación entre el derecho a la liberación del deudor y la oposición de este a que un tercero cumpla una prestación a su cargo puede efectuarse considerando la tutela del interés del deudor a liberarse por su propia actividad y evitar que un tercero pueda ilegítimamente interferir en la dinámica de la relación obligatoria planteada entre él y el acreedor. No obstante ello, es propicio tomar en consideración que la tutela de tal interés tendrá lugar siempre y cuando, nos parece, se haya pactado expresamente, por ejemplo en el negocio jurídico que origina la relación obligatoria, la exclusión de que cualquier tercero cumpla la prestación debida frente al acreedor. Si no se pactara ello prevalecería la necesidad de que el interés del acreedor sea satisfecho incluso por medio de un tercero a través de un cumplimiento heteroeficaz, es decir, aquel cumplimiento que actuando el contenido del derecho de crédito, no extingue, sin embargo, la obligación del deudor.

La cláusula negocial que contenga la prohibición de un cumplimiento heteroeficaz es, sin lugar a duda alguna, una cláusula lícita, válida y, por ende, tutelable, no siendo sino una regla derivada de la autonomía privada de los sujetos involucrados que no atenta contra

ninguna norma imperativa, ni contra los principios que informan al orden público y las buenas costumbres, es más puede marcar incluso la existencia de un motivo casualizado (interés) prevalente en la específica relación obligatoria. Cuando el artículo subcomento alude al pacto como excepción a la legitimidad genérica deja abierta la posibilidad que su contenido sea una oposición expresa del deudor al "cumplimiento" del tercero.

El derecho a la liberación del deudor, extraíble de las normas referidas al pago por consignación, se encontraría limitado, en el caso de oposición al cumplimiento del tercero, a que se haya previsto anticipadamente tal posibilidad, pues ello resulta excepcional frente a la regla anotada a lo largo del presente ensayo referida a la legitimidad genérica y absoluta para que cualquiera pueda cumplir una obligación ajena.

La cláusula general que califica a la buena fe como regla del comportamiento de las partes contractuales (artículo 1362 CC), claramente impone que el acreedor, ante el ofrecimiento del tercero, informe inmediatamente al deudor sobre dicha circunstancia. Ante la inobservancia de tal "deber" claro es que no se podrá negar eficacia a la actividad solutoria del tercero pero tal omisión generará el consecuente derecho al resarcimiento a favor del deudor.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1948; BARBERO, Doménico Sistema del derecho privado traducción de Santiago Sentís Melendo Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967, T. V; BETTI, Emilio Voce. "Interesse (teoria generale)" en Novísimo Digesto Italiano UTET, Torino, 1962, T. VIII, pp. 838 y ss; Teoría general de las obligaciones, traducción de José Luis De los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BETTI, Emilio; GALGANO, Francesco; SCOGNAMIGLIO, Renato; FERRI, Giovanni Battista. Teoría general del negocio jurídico. Cuatro estudios fundamentales, traducción del italiano de Leysser León Hilario, ARA Editores, Lima, 2001; BIANCA, Massimo Diritto civile. L'obbligazione, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1990, tomo 4; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1992; BRECCIA, Umberto. Le obbligazioni en Trattato di Diritto Privato a cura de Iudica e Zatti, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1991; BUSNELLI, Francesco Donato. L'obbligazione soggettivamente complessa Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1975; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Commentario breve al Codice Civile, 4ª edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1996; CARBONI, M Concetto e contenuto dell'obbligazioni nel diritto odierno, UTET, Torino, 1912; DI MAJO, Adolfo. La esecuzione del contratto, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1967; Id. Dell'adempimento in generale. Libro Quarto. Delle obbligazioni (art. 1177-1200) en Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano, Zanichelli Editore - Societá Editrice del Foro Italiano, Bologna - Roma, 1994; ENNECCERUS, Ludwig KIPP, Theodor y WOLFF, Martin Tratado de Derecho Civil, traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; INZITARI, Bruno Le obbligazioni: fonti e disciplina generale en Istituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone, undicesima edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004; LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, traducción de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, tomo I; MESSINEO, Francesco Manual de derecho civil y comercial Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979, T. VII; MESSINETTI, Davide. voz Oggetto dei diritti en Enciclopedia del Diritto, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1979, vol. XXIX; NATOLI, Ugo. L'attuazione del rapporto obbligatorio en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, fondato dai professori Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, e ora directo da Piero Schlesinger, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1974, vol. XVI, t. 1; NICOLO, Rosario. L'adempimento dell'obbligo altrui Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1936; Id. voz "Adempimento" en Enciclopedia del diritto, vol. I, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1958; RESCIGNO, Pietro. Voce Ripetizione dell'indebito en Novísimo Digesto Italiano UTET, Torino, 1968, T. XV; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas generales del derecho civil Traducción de Agustín Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964; TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di Diritto Civile, quarantesima prima edizione a cura di Giusseppe Trabucchi, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2004; TURCO, Claudio. L'adempimento del terzo en Commentario al Codice Civile diretto da Piero Schlesinger e ora da Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2002.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Derechos del tercero que paga una obligación ajena

{L}a Sala Superior determinó que al tratarse de la existencia de deudas, quienes pagan las mismas o parte de ellas con o sin conocimiento de los deudores adquieren el derecho a reclamare el reembolso, salvo que el pago del crédito se efectúe con oposición formal y expresa del deudor, si el deudor admite el pago expresa o tácitamente asume por su parte la obligación de reembolso, en el caso que la aceptación sea expresa está obligado al cumplimiento de acuerdo a las condiciones pactadas, (...) en el caso de que la aceptación sea tácita se halla obligado a reembolsar lo pagado siempre que ello haya sido útil al deudor, este viene a ser el sentido de lo establecido en el artículo 1222 del Código Civil **(Cas. N° 859-2012-Huánuco).**

No puede ignorarse la realización de pagos, así no hayan sido ejecutados por el deudor

{E}l recurrente alega haber cancelado más del noventicinco por ciento del total de los pagarés puestos a cobro (...), por lo que no es posible ignorar los pagos hechos aun cuando no se determine quién los haya pagado en virtud de lo dispuesto por el artículo 1222 del Código Civil **(Cas. N° 395-2002-Arequipa).**

Procede derecho de restitución si tercero demuestra haber cumplido con la obligación

El hecho de que no se haya acreditado que el dinero con el que se cancelaron las letras haya sido de propiedad de la actora, no significa que sea inaplicable el artículo 1222 del Código Civil; puesto que en el presente proceso lo que se discute no es a quién corresponde la titularidad del dinero entregado, sino la existencia de un pago efectuado por tercera persona en sustitución del deudor, lo que ha motivado la pretensión restitutoria planteada. Habiendo quedado acreditado que los recibos fueron otorgados por la vendedora a la demandante, mediante los cuales se acredita que esta pagó por los deudores, los mismos que han sido reconocidos por su otorgante, entonces es claro que resultaba de puntual pertinencia la aplicación de la norma, siendo procedente amparar la pretensión de restitución de la suma de dinero pagada **(Cas. N° 1817-2001-Lima).**

Aptitud legal para efectuar el pago

Artículo 1223.- ***Es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo. Sin embargo, quien de buena fe recibió en pago bienes que se consumen por uso o dinero de quien no podía pagar, solo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado.***

Concordancias:
C.C. art. 42; C.T. art. 30; LEY 26887 arts. 108, 109

HUGO FORNO FLÓREZ

El primer párrafo del artículo 1223 establece ciertas exigencias de orden subjetivo que el *solvens* debe alcanzar para efectuar un pago válido. Se trata, vale la pena reiterarlo, de requisitos exigidos con relación al *solvens*[1] como sujeto, requisitos sin los cuales el pago que este realice no tiene el significado jurídico de un cumplimiento y no provoca la extinción de la relación obligatoria ni, por cierto, la liberación del deudor. Lamentablemente, el artículo tiene una redacción sumamente pobre que impide identificar con facilidad la exacta configuración, la intensidad y los alcances de tales requisitos. En efecto, es elíptica y hasta de Perogrullo la afirmación según la cual hace un pago válido quien se encuentra en aptitud legal de pagar. Es más que evidente que si el ordenamiento jurídico impone al *solvens* ciertas aptitudes legales para pagar y tales aptitudes se reúnen, el pago es legalmente válido. La cuestión que la norma debería indicar directamente y que no hace es: cuáles son esas aptitudes legales que se requiere en el *solvens* para efectuar un pago al cual la ley sí reconozca el efecto extintivo de la obligación. Evidentemente si la persona del *solvens* reúne tales exigencias –que, repetimos, la norma no indica– y paga, efectuaría un pago válido (a menos, claro está, que exista otra índole de problemas que ahora no nos corresponde afrontar).

En la Exposición de Motivos[2], el autor del proyecto correspondiente explica que el artículo que se comenta aglutina en un solo texto las normas que contenían los artículos 1236 y 1237 del Código Civil de 1936, de modo que la norma del primero de los recordados artículos se encontraría en el primer párrafo del vigente artículo 1223 y la del segundo estaría en el segundo párrafo de este mismo artículo; aunque nuevamente se omite explicar –esta vez en la Exposición de Motivos– qué debe entenderse por aptitud legal para poder saber a ciencia cierta en qué circunstancias la ley niega validez al pago.

El artículo 1236 del Código de 1936, que, según lo que el mismo legislador declara, le sirvió de fuente, mandaba que para pagar válidamente era necesario ser dueño de lo que se da en pago y hábil para enajenarlo. Este precepto, que es el que se habría recogido en el primer párrafo del artículo 1223 vigente, sometía la validez del pago a dos requisitos, de los cuales el primero era el relativo a la titularidad del –derecho de propiedad del– objeto del pago y el segundo a la capacidad del *solvens* para enajenar ese objeto. En otras palabras, si se quería pagar válidamente era indispensable que el deudor fuera propietario del bien objeto de la prestación y que no fuera incapaz, o para decirlo en positivo, que tuviera la capacidad que la ley exigía para enajenar tal bien. Es probable que, precisamente para referirse a estas dos exigencias con una sola expresión, el legislador del Código vigente haya utilizado una dicción

(1) Otras normas, en efecto, como los artículos 1132, 1220 y 1221 del Código Civil, imponen ciertas exigencias con respecto a la propia prestación y pueden por ello denominarse requisitos objetivos.

(2) OSTERLING PARODI, Felipe con la colaboración de CÁRDENAS, Carlos en: *Código Civil, V Exposición de Motivos y comentarios*, compiladora: Delia REVOREDO, Okura, Lima, 1985, p. 379.

tan imprecisa como aquella de "aptitud legal". La expresión utilizada también permitiría comprender los casos menos radicales pero en los que la exigencia de tratamiento es la misma, es decir aquellos en los que, aunque no consistiendo en la transferencia del derecho de propiedad, sí implican una limitación o gravamen de dicho derecho, como sería la constitución de un derecho de usufructo o de un derecho de prenda o incluso un derecho relativo al uso del bien (como en el arrendamiento o en el subarrendamiento), etc. En otras palabras, el ámbito de la norma sería el de aquellos supuestos en los que, a título de pago, debe transferirse el derecho de propiedad o constituirse o transferirse algún otro derecho real o algún derecho relativo al bien, y "aptitud legal" significaría titularidad del derecho de propiedad o del derecho que se transfiere, o titularidad del derecho o la legitimación que autoriza a constituir el derecho real o el derecho de que se trate y capacidad para enajenar o constituir dicho derecho[3].

Por lo tanto, la norma del primer párrafo del artículo que comentamos está limitada al pago de obligaciones que provocan la transferencia de propiedad o de otro derecho real sobre una cosa o la constitución de algún derecho real o de algún otro derecho relativo a ella, y no a todo el universo de las obligaciones. Es claro, por ejemplo, que esta exigencia no puede predicarse respecto de las prestaciones restitutorias, en las que el bien es de propiedad del acreedor, como en el comodato o en el arrendamiento. Igualmente inviable sería que se exigiera que el *solvens* sea dueño del bien cuando la obligación consistiera en la prestación de un servicio, como en el mandato, o cuando se tratara de una obligación con prestación de no hacer, solo por citar dos ejemplos más.

Pero en cambio, no sería imposible o inviable (aunque eventualmente inapropiado o inconveniente, hasta absurdo, acaso) exigir que en general, para el pago de cualquier tipo de obligación que suponga una conducta positiva (es decir, no una simple abstención), el *solvens* sea capaz. No es un secreto que detrás de la secular polémica acerca de la naturaleza jurídica del pago se encuentra fundamentalmente el problema relativo a la necesidad o no de capacidad negocial del *solvens* para efectuarlo. Recordemos que el primer párrafo de este artículo 1223 establece dos requisitos de los cuales el primero se refiere a la titularidad o a la legitimación respecto del derecho que se transmite o que se constituye por medio del pago; y el segundo a la capacidad para pagar.

Entonces, si, como parece, el primer párrafo del artículo 1223 al expresar la exigencia de aptitud legal para pagar está en realidad estableciendo dos requisitos para la actividad solutoria, podría sostenerse que el primer requisito que contiene el artículo (legitimidad para la transferencia o constitución del derecho real o de algún otro derecho relativo al bien) solo se aplicaría a las obligaciones cuya prestación consiste en una entrega de bienes con efecto traslativo de propiedad o de otro derecho real o con efecto constitutivo de algún derecho relativo al bien, y que el segundo, que no contiene una limitación *in re ipsa* (capacidad del *solvens*) está referido a todos los supuestos de pago que suponen una conducta positiva; con lo cual, ambos requisitos resumidos en la expresión "aptitud legal" tendrían un ámbito de actuación distinto, uno más extenso que el otro.

No obstante, a modo de antecedente vale la pena recordar que cuando el artículo 1236 del Código anterior exigía la capacidad del *solvens* con la dicción "hábil para enajenarlo", aludía inequívocamente a la capacidad para enajenar un bien y con ello solo al pago de

(3) Lo señala OSTERLING, Felipe esta vez con la colaboración de CASTILLO, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Biblioteca para leer el Código Civil, primera parte-Tomo IV, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1994, pp. 297 y ss.

obligaciones relativas a la transferencia de propiedad[4] con lo que ambos requisitos tenían el mismo ámbito de aplicación: el deudor tenía que ser "hábil para enajenar" el bien del cual tenía que "ser dueño" para poder transferirlo en pago.

Por otra parte, un dato ulterior y en nuestro concepto determinante para interpretar, ya dentro del contexto de nuestro Código vigente, que la exigencia de la "aptitud legal" del deudor (con los dos requisitos que la fórmula encierra) está referida solamente a las prestaciones que trasmiten o constituyen derechos reales u otros derechos relativos al bien (uso), lo proporciona el segundo párrafo del artículo bajo comentario que se preocupa de regular en qué casos se restituyen y en qué casos no, los bienes que se entregaron en pago violando la regla contenida en el primer párrafo.

En consecuencia, a pesar de que la ubicación del artículo 1223 dentro de las "Disposiciones generales" relativas al pago podría sugerir otra cosa, debe entenderse, al menos como punto de partida, que los dos requisitos que su primer párrafo impone, únicamente están referidos al pago que provoca la transferencia o la constitución de un derecho real o de un derecho relativo a un bien.

Habiendo identificado la índole de los requisitos subjetivos que la norma exige para pagar –cuando se trata de la entrega de un bien– es necesario observar que, con relación al primero, hay hasta dos órdenes de supuestos que pueden presentarse. El primero es que el deudor sea dueño de lo que da en pago; el segundo es que no lo sea. En este segundo caso, que es el que nos interesa, hay por lo menos tres sujetos que pueden estar involucrados en su supuesto de hecho, a saber: el *solvens*, que paga con un bien ajeno; el acreedor que recibe como propietario el bien que el deudor le entrega; y el tercero, que es el propietario del bien. Es necesario observar también, que ya existen otras normas en el Código Civil que regulan, al menos en parte, problemas de la misma índole y si no las identificamos con precisión, corremos el riesgo de provocar incongruencias altamente perniciosas desde el punto de vista de sistemática pero sobre todo de solución de conflictos de intereses.

En efecto, el Código contiene un conjunto de normas que por razones de política legislativa constituyen un apartamiento consciente de aquel principio de congruencia y causalidad jurídica según el cual, nadie puede transmitir un derecho mayor que el que tiene *(nemo plus iuris ad alium transferre potest cuam ipse habet),* de modo que permiten que ciertos sujetos en ciertas circunstancias deriven derechos de quienes, por no ser titulares de ellos, no pueden transmitirlos. Se trata de aquellas normas que autorizan la adquisición *a non domino.* Entonces, si el deudor se ha obligado a transferir en propiedad al acreedor un bien mueble determinado del que no es propietario y el acreedor lo recibe de buena fe, tenemos una norma que dice que el pago no es válido y lo obliga a devolverlo, impidiendo así que el acreedor lo retenga (artículo 1223 del Código Civil) y otra según la cual el acreedor se convierte en propietario del bien, permitiéndole así quedarse con él a título de dueño (primera parte del artículo 948 del Código Civil)[5]. Ambas disposiciones solo podrían coexistir en la medida en que tengan ámbitos normativos diferentes, lo que significa que el artículo 1223 no puede ser de aplicación a los casos en que se aplican las reglas de la adquisición *a non domino*, y viceversa. Entonces,

(4) Ya lo había hecho notar la doctrina más autorizada; ver LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano, Derecho de las Obligaciones.* T. II, De las obligaciones y sus modalidades. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1939, pp. 187 y 188.

(5) Tratándose de inmuebles no existe inconveniente, ya que no siendo la transferencia de propiedad consecuencia de un pago en sentido técnico, es decir en la conducta del deudor que constituye la actuación de la prestación debida, el artículo 1223 no resulta aplicable con respecto a dicho efecto.

parece claro que el sentido que tiene el artículo 1223 no está en regular el conflicto de intereses que se presenta entre el acreedor que recibe en propiedad un bien que no es del deudor y el tercero propietario, situación que ya está regulada por el otro conjunto de reglas previsto específicamente para esa situación (el artículo 948 citado); sino más bien en regular el conflicto de intereses que se presenta exclusivamente entre el deudor que paga con un bien ajeno y el acreedor que recibe en pago dicho bien.

La norma atiende más bien el interés que tiene el deudor que pagó con un bien ajeno, en recuperarlo de manos del acreedor para evitar la responsabilidad que asume frente al propietario. En tal sentido, el segundo párrafo del artículo 1223 obliga al acreedor a devolver el bien incluso si lo recibió de buena fe, para que el deudor pueda entregarlo a su dueño. Lo que resulta muy cuestionable desde el punto de vista de política legislativa, es la diversidad de criterios que ha tenido nuestro legislador para valorar los intereses en juego. La seguridad del tráfico lo lleva a establecer todo un sistema en cuya virtud el *accipiens* de buena fe adquiere la propiedad del bien que no pertenece al *tradens,* y ni siquiera el verdadero propietario puede vencer al adquirente y obtener la restitución de la cosa. En otras palabras, prefiere el interés del adquirente y subordina el del tercero propietario. Pero a continuación permite que el interés del adquirente sucumba frente al interés del *solvens*, que fue quien entregó el bien ajeno, para evitar que este pueda incurrir en responsabilidad frente al propietario; la elección del legislador parece del todo inconsistente. Una solución más acorde es la que ensayó el legislador del Código Civil italiano cuyo artículo 1192 (que tiene un espectro más reducido) permite al deudor recuperar del acreedor los bienes que le entregó y de los que no podía disponer solo si al mismo tiempo le ofrece en sustitución bienes de los que sí puede disponer.

Sin embargo, creemos que el acreedor también puede conseguir un efecto análogo ejerciendo el derecho de retención frente a su deudor que pretende la restitución del bien ajeno que entregó en pago.

En resumen, el artículo 1223 exige dos requisitos subjetivos para pagar válidamente, de los cuales el primero se extiende solamente a las obligaciones de dar y consiste en la legitimación del deudor para entregar el bien con el cual paga, es decir, que sea dueño del bien si el pago consiste en la transferencia de propiedad, y que esté autorizado como corresponde si entrega en pago la posesión de un bien a otro título, como en el caso de un subarrendamiento.

El segundo requisito, como ya se anticipó, es el relativo a la capacidad del *solvens*, pero tampoco encuentra una clara justificación y una apropiada regulación. Dada la índole de esta obra, no es posible ahora analizar la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del pago según las distintas teorías que la explican, y qué rol juega la capacidad según cada enfoque. Pero sí podemos afirmar que es inconveniente hacer depender la validez del pago de obligaciones que comportan la transferencia o la constitución de derechos reales o de otros derechos de la capacidad de ejercicio del deudor. Si el deudor debe la cosa y paga con ella no puede tener importancia que no haya sido capaz al momento de entregarla, habida cuenta de que el deudor se despojó de aquello que de todas maneras corresponde al acreedor, y que este obtuvo aquello a lo que tenía derecho y que de todas maneras podría conseguir a pesar del deudor mediante la ejecución forzada. En casos como este no existe perjuicio en el *solvens* que la ley deba atender y no se justifica en modo alguno que se subordine el interés del acreedor en retener el pago que sí aparece como un interés digno de atención jurídica. Si el deudor entregó un bien distinto al debido podrá reclamar su restitución, pero no por falta de capacidad porque igualmente lo podría reclamar si fuera capaz; podrá reclamar su devolución porque se trata de un bien no debido.

Ahora bien, la escasez de justificación de la norma tal como está diseñada queda de manifiesto por aplicación de otras reglas del sistema. Así, en una buena cantidad de casos quedará neutralizado este artículo por aplicación del derecho de retención; y en otra gama de supuestos quedará neutralizada la norma por aplicación del derecho de compensación. En efecto, cuando el deudor pretenda que el acreedor le devuelva el bien que entregó, el acreedor replicará que el deudor le debe exactamente ese bien y le podrá oponer la compensación en todos aquellos casos en que se cumplan los requisitos que la ley impone para esta forma de extinguir las obligaciones.

Cuando el precepto que comentamos habla de aptitud legal, no entiende referirse, en nuestra opinión, a los supuestos de los llamados vicios del consentimiento que deben tratarse según las reglas que les son aplicables, después de resolver el problema relativo a la naturaleza jurídica del cumplimiento.

Una última reflexión nos suscita el segundo párrafo del artículo bajo comentario, que establece como consecuencia jurídica de no estar en "aptitud legal" de efectuar el pago, la obligación del acreedor de devolver el bien que recibió. El acreedor debe devolver el bien si lo recibió de mala fe, es decir a sabiendas de que el deudor no estaba en "aptitud legal" de pagar. Incluso debe devolverlo aunque lo haya recibido de buena fe; salvo que, en este último caso, se trate de un bien consumible o de dinero, en cuyo caso solamente debe devolver lo que no consumió o gastó. La justificación de esta solución normativa se encuentra en no gravar demasiado al acreedor que recibió el bien de buena fe y que ya no lo tiene consigo porque lo consumió o gastó, de manera que solo devuelve lo que todavía tiene. Sin embargo, no existe razón para no aplicar la misma solución a favor del acreedor que recibió bienes no consumibles (ni dinero), pero que le resulta imposible o muy difícil devolver.

Es el caso de los bienes que el acreedor ya no tiene porque se perdieron o destruyeron, o de aquellos que el acreedor enajenó a un adquirente de buena fe. En el caso de bienes perdidos o destruidos, es claro que el acreedor no los puede devolver en especie; en el segundo caso, solo los podría devolver si, a su vez, por aplicación del artículo bajo comentario, obtiene su restitución, lo que lo coloca en una situación muy incómoda, a veces también imposible y siempre poco práctica. En el primer caso (bienes destruidos o perdidos) y en el segundo caso (bienes transferidos) si no los puede recuperar, el acreedor tendrá que pagar al deudor en dinero el valor que tengan los bienes al tiempo de la restitución (artículo 1236 del Código Civil). No entendemos por qué en estos casos la norma es más dura con el acreedor y más benigna (aún) con el deudor.

DOCTRINA

OSTERLING PARODI, Felipe; con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exposición de Motivos del Libro de Obligaciones del Código Civil. En: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Compiladora: REVOREDO DE DEBACKEY, Delia. Okura, Lima, 1985; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Tomo II, Derecho de las Obligaciones. De las obligaciones y sus modalidades. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1939.

Aptitud legal para recibir el pago

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

Concordancias:
C.C. arts. 145, 162

Hugo Forno Flórez

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

Como el artículo anterior, la disposición bajo comentario también se refiere a la validez del pago, calificación que resulta discutible primero por la ambigüedad de la misma; no se sabe qué tipo de invalidez se quiere establecer, y con qué alcances; y con qué intensidad. Y segundo, porque tal calificación depende sobre todo de la teoría que se adopte acerca de la naturaleza jurídica del pago (que como se sabe, divide a la doctrina fundamentalmente entre las distintas tesis que conciben el cumplimiento como un negocio jurídico –contractual o unilateral–, y la concepción real que subestima el elemento volitivo del cumplimiento y lo concibe como la objetiva realización de la prestación). Por otra parte, al hablar de invalidez en el pago, la norma podría permitir que alguien sostenga que la problemática del destinatario de pago, más que un problema solutorio, atañe a la estructura de la obligación y por ello a la configuración de la prestación, lo que sería un grave error. En nuestra opinión, es necesario interpretar que la consecuencia normativa concierne directa y específicamente al "efecto" liberatorio del pago de manera que cuando este se realice dentro de lo que la norma prescribe libera al deudor; y dentro de ese orden de ideas, cuando el *solvens* pretende pagar pero actúa violando la norma, no queda liberado y por tanto mantiene su situación jurídica de deudor; se trata, en resumen, de la eficacia del pago. La cuestión es importante porque en términos prácticos, si la controversia sobre el particular es llevada a los tribunales, no es necesario que el juez se preocupe de las prescripciones o de las caducidades de los derechos impugnatorios (por invalidez), o que sentencie la nulidad o anulación del pago; constatado el defecto, el juez declarará que el deudor lo sigue siendo pues no ha quedado liberado de su deuda.

Pasando a otro tema, es oportuno reiterar que el precepto comentado regula la legitimación para que un tercero (no acreedor) reciba la prestación con efecto liberatorio para el deudor, pero no se preocupa de abordar el distinto problema de la legitimación para que los terceros a que se refiere puedan también exigir la prestación al deudor; pero esa posibilidad (*rectius* legitimidad) de exigir también existe y dependerá de si se otorga o no en el título habilitante; por ejemplo, normalmente los terceros legitimados por la ley para recibir la prestación (que es una de las hipótesis de legitimación previstas por este artículo) lo están también para exigirla; así, cuando el artículo 1227 del Código legitima al representante legal del acreedor

incapaz para recibir la prestación, también lo legitima para exigirla. En cambio, cuando el acreedor simplemente designa a un tercero para que reciba la prestación (que es otro de los supuestos previstos en el artículo comentado), tal tercero no queda legitimado para exigirla, a menos que el acreedor también lo legitime para ello.

Los supuestos de legitimación para recibir que este artículo contempla son de muy distinta índole y hay que distinguirlos con cuidado.

El primero de los casos contemplados por el precepto no ofrece mayor problema. Es obvio que siendo el acreedor el titular del interés que la prestación está orientada a realizar y por ello titular del crédito que le otorga la pretensión al cumplimiento de esa prestación, lo natural es que sea el legitimado por antonomasia para recibir la prestación. La legitimación en este caso emana de la misma relación obligatoria en la cual, actuándose la deuda, ella se extingue con liberación del deudor y también se extingue el crédito con satisfacción del acreedor. Eso no impide, empero, que la situación de crédito y la legitimación que confiere para recibir la prestación puedan separarse, en cuyo caso hay otra fuente distinta al crédito de donde proviene la legitimación y que explica que un pago hecho a un tercero (no acreedor) pueda liberar al deudor y extinguir el crédito del acreedor. El propio artículo trae, como ahora veremos, algunos casos.

En efecto, la ley admite como primera posibilidad que el deudor entregue la prestación a un tercero distinto del acreedor cuando el juez así lo disponga. Desde luego que esto no significa que la ley ha otorgado al juez un poder arbitrario para decidir casi como un soberano distribuidor de la riqueza, quién recibirá la prestación que le corresponde al acreedor; el juez tiene que actuar aplicando el derecho de manera que solo puede disponer que un tercero que no es acreedor reciba la prestación cuando la aplicación de una norma así lo establezca. Es por ello que este es también un caso de legitimación legal, solo que la ley otorga al juez un margen de discrecionalidad para otorgar la legitimación a un tercero. Por ejemplo, cuando un acreedor del acreedor solicita que se embargue el crédito de este para asegurar el resultado de un juicio, el juez puede ordenar que la prestación se entregue al demandante o a otro depositario.

La segunda posibilidad que el artículo que se comenta prevé para que se entregue la prestación a un tercero que no es el acreedor, es cuando así lo dispone directamente la ley. Es el caso del acreedor incapaz a que se refiere el artículo 1227 del Código Civil, del que se infiere que, como regla general, el pago debe efectuarse al representante legal del incapaz.

Finalmente tenemos el caso en el que el propio acreedor indica o designa a un tercero para recibir la prestación *(adiectus solutionos causa).* Según los términos en que sea emitida, esta designación puede ser excluyente de modo que el deudor no puede pagar al acreedor sino al tercero designado, bajo pena de no quedar liberado de la deuda, o puede constituir solamente una facilidad para el deudor quien entonces puede pagar al acreedor o al tercero designado. La indicación de pago puede estar contenida en el propio título de la obligación o puede realizarla el acreedor en forma independiente, mediante declaración contemporánea o posterior al surgimiento de la obligación. En este segundo orden de casos (en los que la indicación consiste en una declaración unilateral), la indicación se configura como un acto recepticio que necesariamente está dirigido al deudor y que no puede vincularlo mientras que no sea por él conocido (o cognoscible). En tal sentido, si el deudor paga al acreedor antes de que la indicación de pago a un tercero llegue a la dirección del acreedor, el deudor hace un pago eficaz y queda liberado. En caso contrario, esto es, si el deudor no paga al tercero indicado a pesar de que la indicación ya había llegado a la dirección de aquel, el *solvens* no queda

liberado (si la indicación es excluyente del acreedor, claro está), ya sea que hubiese conocido o no la indicación de pago al tercero, a menos que pruebe haberse encontrado sin su culpa en la imposibilidad de conocerla.

Sobre este particular es importante tener en consideración que el acreedor no puede unilateralmente agravar o hacer más onerosa la obligación para el deudor y, por ello, el deudor solo puede quedar vinculado al cumplimiento frente al tercero designado unilateralmente por el acreedor con exclusión de él mismo (es decir cuando el acreedor designa al tercero como único y exclusivo destinatario del pago), si el cumplimiento frente al tercero no supone un mayor sacrificio o desventaja que la que suponía efectuar el pago frente al propio acreedor.

El Código no ha distinguido, como otros lo hacen (por ejemplo, el Código italiano en su artículo 1188 o de alguna manera el Código portugués en su artículo 771), entre el tercero designado o indicado (indicatario) por el acreedor y el representante para el cobro, es decir el tercero apoderado por el acreedor para cobrar la prestación. Este último es, por ejemplo, el caso del endosatario en procuración al que se refiere el artículo 41 de la Ley de Títulos Valores. Sin embargo, la expresión utilizada por la norma es suficientemente amplia como para comprender ambos supuestos. Pero es importante en la práctica cuidar de distinguirlos porque tienen alcances distintos; el poder permite el ejercicio de una actividad jurídica que repercute en la esfera jurídica del *dominus,* de allí que la facultad de cobrar la prestación confiere también la legitimación para recibirla, pero no necesariamente a la inversa.

Dicho de otro modo, cuando el acreedor faculta al tercero para cobrar o para exigir la prestación, le otorga un poder de representación que supone también recibir la prestación. El apoderado obra en nombre e interés del acreedor y puede constituir en mora al deudor. En cambio, cuando el acreedor simplemente designa al tercero para recibir materialmente la prestación, el tercero no está facultado para exigir la prestación y se convierte en un mero colaborador material del acto de cumplimiento. Esto tiene trascendencia práctica, porque si el tercero no está autorizado para exigir la prestación no podrá constituir en mora al deudor.

Como ya hemos señalado, el significado que la norma nos deja es que el pago que se efectúe a persona que no está legitimada para recibirlo, según lo que hemos visto precedentemente, no extingue la obligación y, desde luego, no libera al deudor quien, en base a las reglas que gobiernan la repetición del pago indebido, solo puede pedir al tercero la restitución de aquello que entregó.

No obstante, el artículo 1224 contempla dos casos en los que el pago hecho a un tercero no legitimado provoca la extinción de la deuda y la liberación del deudor. Se trata, en primer lugar, de la ratificación que haga el acreedor, ratificación que consiste en una declaración recepticia que el acreedor dirige al deudor indicando que tiene el pago por bien efectuado. Desde luego que la ratificación podría configurarse también como una manifestación tácita. Los autores reconocen generalmente que la posibilidad de ratificación obedece a la ratificabilidad general de los actos ineficaces, lo que viene a confirmar cuanto ya señalamos en el sentido de que más que de invalidez, este artículo trata de un caso de ineficacia. En estos supuestos la ratificación tiene alcances retroactivos.

El segundo caso previsto por el artículo es aquel en el cual, efectuado el pago a un tercero no legitimado, el acreedor se aproveche de él. Esta hipótesis se presenta cuando la prestación ejecutada a un tercero llega a poder del acreedor como cuando el propio tercero que la recibió se la entrega; o cuando el deudor paga al acreedor del acreedor, provocando así la extinción de una deuda de este y por tanto un efecto positivo o provechoso al extinguir un

pasivo de su patrimonio. Pero en este caso, el efecto extintivo de la deuda y, por tanto, la liberación del deudor, tienen lugar no desde el momento en que se efectuó el pago al tercero no legitimado sino más bien desde que se verifica el aprovechamiento por parte del acreedor.

DOCTRINA

OSTERLING PARODI, Felipe; con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exposición de Motivos del Libro de Obligaciones del Código Civil. En: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Compiladora: REVOREDO DE DEBACKEY, Delia. Okura, Lima, 1985; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano, Tomo II, Derecho de las Obligaciones. De las obligaciones y sus modalidades. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1939.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

El deudor debe probar que el pago lo realizó a la persona designada por el acreedor

(E)l artículo 1224 del Código Civil resulta de aplicación, pues esta norma establece que el pago a un tercero será válido en tanto ese tercero haya sido "designado" por el acreedor, significando ello que este precepto es de aplicación imprescindible para resolver la presente litis, pues ante la defensa del demandado, el Banco debió probar que el demandante "designó" a Royalty Company S.R.L. como la persona que recibiría el pago ***(Cas. N° 2815-2011-Lima).***

Se puede ratificar el pago hecho a persona no autorizada

Solo es válido el pago que se efectúe al acreedor o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, salvo que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él. Mientras no se defina en otro proceso a quién debe pagar la merced conductiva el inquilino, no se encuentra definida la figura del acreedor ***(Cas. N° 2712-1999-Lima).***

Pago al acreedor aparente

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

Concordancias:
C.C. arts. 1224, 1226

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. Introducción: la regulación del pago al acreedor aparente. Ubicación y explicación del posicionamiento de la codificación civil

En lo que concierne al aspecto estrictamente histórico se debe indicar que la regla que reconoce la eficacia liberatoria del pago al acreedor "aparente" fue desconocida para el Derecho Romano, siendo ella desarrollada por los juristas del siglo XVII, para luego ser recibida, a nivel legislativo, por el Código Civil Francés - *Code Civil* (ó Código de Napoleón) precisamente en su artículo 1240, según se dice, contando con el autorizado aval de Pothier (MOSCHELLA, pp. 129 y ss.). La *ratio* de la regla era la buena fe orientada a tener en cuenta el error en que incurría el *solvens* al efectuar el pago.

En el ordenamiento alemán, más sensible a la tutela de los terceros y a la valoración de los elementos extrínsecos (antes que a los intrínsecos), no se puede encontrar una regla análoga sino reglas específicas según las cuales, por ejemplo, es liberatorio el resarcimiento del daño pagado de buena fe al poseedor de la cosa (DI MAJO p. 275).

Examinando el tenor literal de la norma subcomento podemos –anticipadamente al análisis sustancial– advertir cómo ella hace una referencia específica al acreedor aparente identificándolo como el sujeto que no teniendo realmente la posición creditoria *está en posesión del derecho de cobrar*; situación que sería suficiente para considerar que el pago realizado extingue la obligación y, por ende, libera al deudor.

Para tener clara la posición conceptual asumida por el legislador es pertinente desarrollar una reseña puntual acerca de la denominada "posesión del crédito" (equivalente a la "posesión del derecho a cobrar") y de sus implicancias, de orden sobre todo aplicativo, en el desarrollo sistemático de la actividad del deudor destinada al cumplimiento.

Se ha señalado que la referencia a la "posesión del crédito" estaba vinculada, en un primer momento, a la regulación de las hipótesis del pago realizado a quien se encontraba en la posesión del documento del crédito, título de sucesión *mortis-causa*, o bien, en virtud de una cesión inválida (GIORGIANNI, 1988, p. 361). La noción de *"posesión del crédito"* exigía, en otros términos, una tutela posesoria que encontraba su manifestación también en la posibilidad, por parte del poseedor, de pretender el cumplimiento, con correlativos efectos liberatorios para el deudor dejando a salvo la acción de restitución por parte del verdadero acreedor (esto último no ha sido tomado en cuenta por el artículo comentado). Nótese que esta manera de construir la *fattispecie* legal termina, en términos estrictos, por absorber dentro del artículo 1226 CC el supuesto ahora analizado en razón de su impropiedad y falta de precisión. En suma, se observa cómo, lamentablemente, nuestro legislador ha utilizado un término inapropiado (posesión del derecho a cobrar / posesión del crédito) que se evidencia considerando, como agudamente se ha señalado, que la posesión del crédito *no existe, solo cabría de ella hacer uso en términos metafóricos* (CROME, p. 328 y ss.). Tal situación, entonces, nos avala a efectuar a una construcción

sistémica que permita una congruente aplicación de la norma, en sintonía con los principios inmanentes a nuestro ordenamiento.

Deslindado el panorama, abordemos el desarrollo propuesto.

2. Construcción de la disciplina del pago al acreedor aparente. El error y la diligencia. El principio de la apariencia jurídica. Confluencia de aspectos subjetivos y objetivos

La problemática del pago al "acreedor aparente", según se plantea en el contexto científico-jurídico, está netamente vinculada al principio de la apariencia jurídica y, consecuentemente, a la tutela de la confianza generada en el deudor que sujeta su comportamiento a la buena fe. En términos generales, se ha señalado que el principio de la apariencia dirigido a la tutela de la buena fe de los terceros, viene legitimado por el concurso a) de un estado de hecho no correspondiente al estado de derecho y b) por la errónea creencia de los terceros, exentos de culpa, que el estado de hecho contraviene la realidad jurídica, de modo que ellos hayan regulado su conducta, en la esfera del derecho, teniendo confianza sobre una situación jurídica, no verdadera, sino aparente (MICCIO, p. 140).

Resulta entonces más conveniente, en aras de la coherencia del ordenamiento, señalar que la norma desea expresar que *tiene carácter liberatorio el pago realizado a un sujeto que se encuentra en una situación de hecho que implica el ejercicio efectivo del derecho, tal de suscitar, confianza de una real pertenencia del derecho* (DI MAJO, p. 273), precisándose que dicha confianza no debe derivar de apreciaciones subjetivas que tomen en consideración como el deudor ha podido entender el comportamiento de a quién ha pagado, debiéndose tener en cuenta, al contrario, la valoración que de dicho comportamiento habría podido razonablemente hacerse en base a consideraciones objetivas (DI MAJO, p. 274). Se hace necesario un examen objetivo de las circunstancias que rodean al "acto" de cumplimiento a fin de juzgar si la apariencia generada justificaba el comportamiento debitorio pudiéndose así considerar extinguida la obligación.

Tal postura encuentra apoyo en la alusión que se hace en la parte final de la norma que se contrae a declarar la extinción de la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, *aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo*, siendo obvia la referencia a una tutela basada en la apariencia y no en la realidad sustancial.

También es de resaltar que, dentro de los parámetros señalados, cabría efectuar una diferencia entre el así llamado "acreedor aparente" y "quién aparece legitimado a recibir", puesto que es verdaderamente distinto i) el plantear y resolver la temática apreciando el devenir comportamental de un sujeto (acreedor aparente) que *obviamente tendría no solo la legitimidad, al menos frente a la liberación del deudor, de recibir la prestación, sino incluso el poder de exigir su cumplimiento y tener disposición sobre ella*, que ii) hacerlo desde una panorámica, mucho más limitada, que atienda a la apreciación del comportamiento de un sujeto legitimado, en los términos señalados, solamente para recibir dicha prestación. En nuestro parecer el análisis de la norma subcomento se refiere a la primera hipótesis, es decir, el deudor para lograr que su cumplimiento frente a un no-acreedor sea extintivo-liberatorio tendrá que justificarse en una apariencia que satisfaga los índices de comportamiento con relación a la apariencia de un acreedor que suscite confianza en su cumplimiento.

Una lectura acorde con las directrices constructivas planteadas, impondría la aplicación de la *fattispecie* individualizando la *relevancia* atribuida a la situación de apariencia, es decir, a una situación subjetiva-objetiva, conceptuada cual situación-manifestante cuya definición no atañe

a la posición del deudor (diligente y cuidadoso) sino a hechos y circunstancias de hecho que tienen relevancia *per se*, por fuerza autónoma, prescindiendo de la singular relación con el deudor. En tal orientación se ha precisado que, es acreedor aparente, por ejemplo, no simplemente aquel sujeto cualquiera al que el tercero atribuye, por error, la calidad de acreedor, sino solo aquel sujeto que situaciones objetivas, socialmente apreciables, inducen a considerar como efectivo titular del crédito. Sin embargo, si es necesario distinguir la apariencia, en sentido objetivo, del error, que es subjetivo, no es menos necesario admitir el íntimo nexo que media entre los dos fenómenos; un nexo que se puede apreciar, en los hechos, en todos los casos de apariencia. La calidad de acreedor aparente no es el producto de una simple representación errónea del acreedor; empero, el tercero debe incurrir verdaderamente en un error, a fin de que se produzca, en ventaja suya, el efecto liberatorio previsto; mediante la *fattispecie* de la apariencia, la ley protege de forma directa e inmediata el interés de aquel que obra en estado de buena fe objetivamente excusable. El interés del titular de la esfera jurídica comprometida por la recuperación del acto o negocio podrá ser objeto de un régimen jurídico distinto, que se diferenciará según las relaciones que existan con el legitimado aparente; solo que esta protección es externa y consiguiente, y carece de validez para identificar el significado jurídico del fenómeno de la apariencia (FALZEA, 1958, p. 694).

Partiendo de tales planteamientos se pueden realizar algunas reflexiones sobre las que nos detendremos brevemente.

3. Cuestiones aplicativas: representación y acreencia aparente. Aplicación excepcional de la apariencia. La tutela del verdadero acreedor. La calificación de la actuación del deudor

Así, se puede discutir si la norma acotada pueda ser aplicada al representante del acreedor aparente e incluso al representante aparente del acreedor aparente; máxime cuando ella se remite a señalar genéricamente que *extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho a cobrar.* La cuestión en nuestro ordenamiento encontraría fundamento en el silencio que guarda la norma en torno a la extensión o restricción del concepto de *destinatario del pago*, puesto que dentro de este podría abstractamente situarse tanto al representante o al representante aparente del acreedor aparente.

Para dar una conveniente solución a este problema debe considerarse que este se encuentra inmerso en la aplicación del llamado principio de la apariencia jurídica. La regla así recogida se particulariza en la relevancia atribuida a una situación (jurídica) de apariencia (situación manifestada) en torno a la titularidad del crédito, que se basa sobre un situación objetiva, definida como una situación manifestante, que se remite a hechos y circunstancias de hecho relevantes por sí mismas en forma autónoma, prescindiendo de la singular relación con el deudor. La situación jurídica que en virtud de la apariencia parece existir es una situación de legitimación que las circunstancias de hecho hace aparecer como existente, aun cuando, desde el punto de vista sustancial no existen en la realidad jurídica (FALZEA p. 691). Y es, por demás oportuno señalar que la apariencia, al estar en confrontación con la realidad-sustancial debe ser de aplicación excepcional. No puede impostarse la legitimación del principio jurídico de la apariencia desvinculado de inequívocas disposiciones en cada derecho positivo: la legitimidad del principio no puede sin embargo autorizar incautos empleos fuera de los casos específicamente previstos por la normativa (GIORGIANNI, 1988, p. 367).

De lo expuesto se colige perfectamente que el precepto analizado solo encontraría aplicación en el caso estricto del acreedor aparente, mas no en el caso del representante o del representante aparente del acreedor aparente, según se habría planteado.

El precepto así acogido entonces no podría encontrar explicación operativa en la diligencia del deudor, concretada en los deberes de protección, al no poderse valorar el comportamiento (diligente o culpable) del deudor en la apreciación de la situación en que se encuentra el sujeto al que este paga. La situación de legitimación, por el contrario, se constituye autónomamente y en los casos reconocidos expresamente por la ley, lo que niega la utilización de un criterio extensible a casos no disciplinados. Evidentemente lo hasta aquí expuesto no resta que no se consideren relevantes las situaciones conocidas efectivamente por el deudor o conocibles utilizando la debida diligencia, no siendo contradictorio lo manifestado ya que una cosa es la construcción de la situación de apariencia descrita en la norma y otra su efectiva utilización por el deudor que pretende valerse de ella, resumida en la buena fe. La *ratio* de la figura se centra en la incorporación de un medio técnico de eficacia (excepcionalmente) liberatoria reconocida al cumplimiento (pago) de buena fe, prescindiendo de recurrir al actuar diligente del deudor (MOSCHELLA, p. 138).

Sin embargo, la norma guarda silencio sobre la tutela del verdadero acreedor. Lo correcto hubiese sido solucionar tal problemática acudiendo expresamente a las normas sobre pago indebido, como lo hace el artículo 1189 del *Codice Civile* italiano de 1942, ofreciendo al acreedor la posibilidad *directa* de peticionar la restitución de lo pagado al acreedor aparente, puesto que el deudor estaría liberado. En nuestra codificación civil, surge la controversia en tanto el deudor liberado no guarda ya ningún vinculo con el acreedor real, lo que no quitaría la posibilidad de que aquel pudiera exigir la restitución de lo pagado. Más discutible sería la utilización de la acción subrogatoria oblicua contenida en el numeral 4 del artículo 1219 CC. Sin embargo, aún negándose tales posibilidades, siempre cabría el recurrir al enriquecimiento sin causa, figura disciplinada por el artículo 1954 CC.

Otra cuestión aplicativa derivada del desarrollo efectuado es aquella concerniente a su relevancia en la calificación del comportamiento del deudor. Así, se ha señalado que el deudor no podría, sin incurrir en responsabilidad, rechazar el cumplimiento frente al acreedor (aparente) que se limitase a justificar su propia posición en base a circunstancias unívocas, es decir, objetivamente tales de fundar una convincente representación de la efectiva existencia de su título. Pretender una demostración más precisa representaría, en la mejor de las hipótesis, un inadmisible exceso de celo que en ningún caso podría justificar el rechazo a cumplir (NATOLI, p. 121)

La solución acogida radica, en suma, en la extinción de la relación obligatoria, y ello aunque el acreedor (verdadero) no haya sido satisfecho en su interés, debiéndose recalcar que puede evidenciarse que el caso en cuestión *no es un supuesto de ejecución no satisfactiva* como tal, sino uno que tiene como sustento la *apariencia creditoria* en un sujeto que ostenta una posición legitimante, resultando por lo menos, discutible, el acudir a él para demostrar la no necesaria equiparación entre cumplimiento exacto y satisfacción del interés, ya que el interés del acreedor (aunque aparente) estaría satisfecho en lo que concierne al deudor que ha realizado objetivamente el comportamiento destinado a tal satisfacción, y por tanto, a la extinción de la relación.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado traducción de Santiago Sentís Melendo Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967, T. III; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones, traducción de José Luis De los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto Civile L'obbligazione Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987, vol. IV; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1992; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; CROME, Carlo. Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese, traducción al italiano de Ascoli y Gameo, Societá Editrice Libraria, Milano, 1908; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial segunda edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983; DI MAJO, Adolfo Dell´adempimento in generale (arts. 1177-1200) en Commentario al Codice Civile a cura de Scialoja e Branca, libro quarto, Obbligazioni, Edizioni Zanichelli, Bologna - Roma, 1994; FALZEA, Ángelo. Voz Apparenza en Enciclopedia del diritto Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1958, T. II, pp. 682 y ss. Id., Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1997; FRANCESCHETTI, Paolo. Obbligazioni e Responsabilitá Civile Edizioni Simone, Verona, 1996, ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor y WOLFF, Martin Tratado de Derecho Civil, traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; GIORGIANNI, Michele. L'inadempimento Dott. A. Giuffré Editore, terza edizione, Milano, 1975; Id. "Creditore apparente" en Sritti minori, Edizioni Scientifiche Italiane (SCI), Napoli, 1988; MESSINEO, Francesco Manual de Derecho Civil y Comercial Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979, T. VII; MICCIO, Renato. Delle obbligazioni in generale (Artt. 1173-1320), terza edizione ampliata e aggiornata, Unione Tipografico -Editrice Torinese (UTET), Torino, 1982; MOSCHELLA, Raffaele Contributo alla teoria dell´aparenza giuridica, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1973; NATOLI, Ugo. L'attuazione del rapporto obbligatorio en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, fundado por los profesores Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuado por Luigi Mengoni, y ahora dirigido por Piero Schlesinger, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1974, vol. XVI, t. 2; NICOLO, Rosario L'adempimento dell'obbligo altrui Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1936; Id. voz Adempimento en Enciclopedia del Diritto, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1958, t. I, pp. 548 y ss.; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato Italiano Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1997; ROPPO, Vincenzo Il contratto en Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2001; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile, nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Pago a quien goza verosímilmente la calidad de acreedor

{L}a norma regula otro supuesto de extinción de la obligación consistente en el pago efectuado a persona que goza verosímilmente de la calidad de acreedor. Osterling Parodi y Castillo Freyre opinan al respecto que la aplicación del artículo 1225 bajo comentario, exige que el deudor haya actuado con buena fe, vale decir, que lo haya hecho en la convicción de que pagaba bien, que pagaba a quien debía hacerlo (Cas. N° 3317-2009-Lima).

Presunción en favor del portador de un recibo

Artículo 1226.- ***El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción.***

Concordancias:
C.C. arts. 1225, 1230

Eric Palacios Martínez

Normalmente debe efectuarse la prestación al acreedor. Es decir, no libera la prestación a un tercero; antes bien, debe el cumpliente reclamarle la restitución mediante la acción de enriquecimiento (MEDICUS, p.115).

El caso contemplado en la norma se identifica con un pago a un sujeto no-acreedor que, al igual que la hipótesis normativa contenida en el artículo 1225 CC, posee una apariencia –derivada de circunstancias relevantes (hechos externos vinculados a la situación concreta)– que lo legitima frente al deudor a recibir el pago, generándose la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor (efecto extintivo-liberatorio). En la *fattispecie* contenida en el artículo subcomento, el sujeto no acreedor que recibe el pago apoya *específicamente* su legitimación en que *es portador de un recibo* (carta de pago): posee un documento que, según la apreciación normal de las circunstancias, sería entregado por el verdadero acreedor ante la realización de la prestación debida (pago) y que tiene como finalidad acreditar el evento extintivo-liberatorio.

Se trata de un supuesto legal en que se ha tipificado de forma particular una situación fáctica –consistente en que un sujeto distinto al acreedor porta un recibo– del cual deriva una *apariencia creditoria* que legitima el cumplimiento del deudor. De esta constatación se deriva que la norma subcomento no sería otra cosa sino una aplicación específica del artículo 1225 CC cuyo alcance general podría subsumir la hipótesis planteada dentro de su propio esquema normativo.

Veamos ahora el mecanismo que viabiliza y justifica su autonomía normativa: la presunción.

Recordando que la presunción es un instrumento jurídico destinado a establecer certidumbre jurídica suponiendo la veracidad de un hecho ignorado como consecuencia indirecta y probable de otro hecho conocido, puede individualizarse en la norma la presencia de *presunción legal* que, catalogada como de carácter sustantivo, prescinde del convencimiento del juez en cuanto su eficacia probatoria es fijada por la ley y excluye una apreciación judicial; siendo la excepción el caso de las *presunciones legales absolutas* porque ellas derogan al principio general del contradictorio basado en la admisibilidad de la prueba contraria y, en definitiva, se colocan fuera de los confines conceptuales de la prueba. Prueba y presunción están, entre ellas, en una relación de alternatividad, en el sentido que un hecho no debe ser probado si constituye objeto de una presunción (PATTI, p. 477).

Nótese como característica común de todos los tipos de presunción –incluidas las judiciales– es la utilización de la *probabilidad*, que en el caso de las presunciones legales, como la que examinamos, está ligada a la elaboración técnica de la propia norma jurídica. No siempre es sencillo establecer si nos encontramos frente a una presunción relativa o absoluta. Al respecto, se requiere de una interpretación de la ley: se verifica la segunda hipótesis cuando está prevista –claramente– una presunción precisándose que no es admitida prueba en contrario.

Las presunciones para las cuales no puede llegarse a la conclusión que se tratan de presunciones absolutas deben considerarse presunciones relativas (PATTI, p. 484).

El tipo de presunción legal ahora regulada no es *iuris et de iure* (absoluta) sino solamente de carácter *iuris tantum* (relativa), en tanto en este caso la ley presume la existencia de algún hecho o situación (reputando la autorización para recibir el pago al portador del recibo), salvo que las circunstancias se opongan a su concreta operatividad.

En tal orden de ideas, la presunción de que *el portador del recibo se reputa autorizado para recibir el pago*, debe de estar basada en una apreciación total de las circunstancias conexas a las personas involucradas, al lugar y al momento en que se verifica la *solutio*, así como cualquier otro hecho relevante que pueda servir para darle certidumbre a la *apariencia legitimante*, e incluso, en una valoración preponderantemente formal, sería oportuno atender a las características del documento (recibo) destinadas a generar en el sujeto que cumple la convicción que efectúa un pago válido (por ejemplo, el hecho de que aparezca la firma del acreedor, o el hecho de que el recibo sea similar o igual a los *anteriores recibos utilizados por este* en situaciones en las que personalmente haya recibido el pago). Es menester indicar que, por efecto de la buena fe, reconocida en el artículo 1362 CC, también para la ejecución el contrato –la más usual fuente de las obligaciones– las circunstancias tenidas en cuenta deben ser aquellas anteriores, coetáneas y posteriores al acto del pago, ello por encontrarnos dentro del marco de la interpretación de un comportamiento que tiene como finalidad otorgarle un significado objetivo sobre el cual el deudor podía y debía tener *razonablemente* confianza. Así, se ha afirmado que las circunstancias conocidas por el que presta no deben oponerse a esta hipótesis. La prestación hecha al portador del recibo es, pues, plenamente válida aunque este lo haya robado o encontrado, requiriéndose únicamente que el que presta no conociera ciertas circunstancias que, racionalmente apreciadas, hubieran de llevar a formar la opinión de que el portador del recibo no estaba autorizado (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, p. 310). En opinión personal, podría agregarse, junto a las circunstancias conocidas, también las circunstancias conocibles utilizando la debida diligencia en el cumplimiento; atendiendo a ello, adquiere mayor razón, el requerir únicamente que el que presta no conociera las circunstancias que, *racionalmente apreciadas,* hubieran de llevar a formar la opinión de que el portador no estaba autorizado.

La doctrina alemana, a la que hay que referirse en tanto el antecedente legislativo así lo permite (parágrafo 370 del B.G.B), por demás creadora del concepto de *autorización* en esta materia. La prestación hecha al portador de un recibo, tal y como se ha señalado, es plenamente válida aunque este lo haya robado o encontrado, no así cuando el recibo es falsificado, ya que resulta evidente que la norma se atiene a la premisa de que el recibo es auténtico. Sin embargo, en determinadas circunstancias, en que el acreedor posibilite por su negligencia la falsificación de recibos puede implicar una infracción a los denominados deberes accesorios de protección, insertos en la relación obligatoria conjuntamente con el deber principal de prestación, estatuyendo con ello el derecho al resarcimiento correspondiente derivado de responsabilidad contractual (inejecución de obligaciones, según la terminología del Código Civil). Y es que cuando el acreedor confecciona un recibo, tal y como debe de ser entregado al deudor luego del cumplimiento, *asume el riesgo* de que el mismo pueda ser sustraído o perdido, no siendo relevantes estos hechos a fin de discutir el cumplimiento válido; por el contrario, cuando se tenga que el acreedor coadyuve, se supone involuntariamente, a la falsificación de recibos, por ejemplo cuando su formato sea muy simple o utilice el modelo de recibos que pueden ser obtenidos en cualquier librería y su firma sea un garabato cualquiera, cabría

que el deudor perjudicado (no liberado) obtenga el resarcimiento, el que incluso podría ser opuesto a la deuda misma.

Con el fin de redondear la idea debemos de advertir que la legitimación a la que nos estamos refiriendo encuentra sustento casi siempre en una verdadera o, en todo caso, según lo expuesto, en una presumible *autorización* del acreedor. Al portador de un recibo se le considera autorizado para recibir la prestación. La regla se aplica, en general, no solo cuando se recibe el pago *en nombre* del acreedor, sino también cuando se lo recibe en *nombre propio*, acaso como cesionario (presunto) a cambio de recibo del acreedor (ENNECCERUS-KIPP y WOLFF p. 310); no cabiendo en este último caso, hablar de una autorización, pues ella supone siempre una actuación a *nombre ajeno* (dependencia funcional), lo que no se verifica cuando se recibe la prestación en la propia esfera de quién la recibe personalmente.

Por último, la lógica de la excepción a la regla descrita líneas arriba se obtiene considerando que cuando el acreedor confecciona un recibo con anterioridad a la recepción de la prestación, origina el peligro de un abuso por un tercero; por ello, se protege al deudor que, actuando de buena fe, satisface la prestación frente a quien se encuentra en posesión del recibo (MEDICUS p. 116). Se le otorga así, una vez más, relevancia a la *apariencia jurídica.*

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del derecho privado traducción de Santiago Sentís Melendo Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967, T. III; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones, traducción de José Luis De los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. Diritto Civile L'obbligazione Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987, vol. IV; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1992; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al codice civile Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; DI MAJO, Adolfo. Dell'adempimento in generale (arts. 1177-1200) en Commentario al Codice Civile a cura de Scialoja e Branca, libro quarto, Obbligazioni, Edizioni Zanichelli, Bologna - Roma, 1994; FALZEA, Ángelo Voz Apparenza en Enciclopedia del diritto Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1958, T. II, pp. 682 y ss.; FRANCESCHETTI, Paolo. Obbligazioni e responsabilitá civile Edizioni Simone, Verona, 1996, ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de derecho civil, traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales, traducción del alemán de Ángel Martínez Sarrión, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1995; MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979, T. VII; MOSCHELLA, Raffaele. Contributo alla teoria dell'aparenza giuridica, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1973; NICOLO, Rosario. Voce Adempimento en Enciclopedia del Diritto, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1958, T. I, pp. 548 y ss.; PATTI, Salvatore. Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione en Rivista di Diritto Civile Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 2001, anno XLVII, n. 4, parte prima; RESCIGNO, Pietro. Manuale del diritto privato italiano, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1997.

Pago al incapaz

Artículo 1227.- ***El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada.***

Concordancias:
C.C. arts. 43, 44, 45

Eric Palacios Martínez / Juan Carlos Gutiérrez Azabache

No siendo nuestro propósito efectuar un *excursus* histórico, ni tampoco el detalle de los antecedentes de la norma comentada –pues tal labor de investigación se ha realizado con bastante detalle y buenos resultados por los que han profesado cabalmente el método exegético (OSTERLING y CASTILLO)– bástenos solo con señalar que, luego de la revisión efectuada a los antecedentes legislativos, se denota una orientación constante, plasmada ahora en la codificación, cimentada sobre la prevalencia del *pago útil*, pues de su constatación funcional dependerá la extinción total o parcial del crédito en consonancia con la exigencia de satisfacción del interés del acreedor.

El análisis del artículo subcomento corresponde al desarrollo del tema relativo al pago realizado a una persona que, asumiendo la posición de acreedora, se encuentra comprendida en la caracterización contemplada i) en el artículo 43 (falta de capacidad - minoría de edad, nótese, en los supuestos en que no se le atribuya plena capacidad, p.e matrimonio o paternidad) o ii) en el artículo 44 CC (hipótesis de capacidad de ejercicio restringida que para manifestar su voluntad requiere de un "apoyo") según lo establece la novísima regulación en la materia (sobre todo el D.L N° 1384).

La regulación toma en cuenta, enfocando ya el contenido de la relación obligacional, el presupuesto subjetivo de actuación de la parte acreedora referida a su inherente capacidad de ejercicio. Es necesario que el sujeto activo de la relación obligacional tenga la capacidad de recibir la prestación: se prescribe la ineficacia del pago efectuado en las manos del acreedor incapaz, salvo que el deudor no pruebe que lo pagado ha sido efectuado en ventaja suya (ADDANTE p. 118). Se niega eficacia liberatoria al pago ejecutado al acreedor incapaz de recibirlo a menos que el *solvens* no pruebe que aquello que fue pagado ha sido efectuado en ventaja del acreedor, sin que se haga mención a la ratificación que, hecha por el incapaz, no tendría valor, en el sentido de que no agregaría nada al hecho de su recepción de lo debido que la norma considera insuficiente para la liberación del deudor (CANNATA, p. 97).

Sobre esto último, se puede acotar, en nuestro ordenamiento, que la disposición recogida en el artículo 1224 preceptúa que puede materializarse la ejecución de la prestación con efectos liberatorios-extintivos de igual forma al acreedor, a un representante suyo, sea legal, convencional o judicial, o incluso a una persona no autorizada *siempre que el acreedor lo ratifique.* Este supuesto no se aparta del contenido en la norma subcomento, ni la hace ver como una excepción, en cuanto el tema central bajo examen se contrae a la eficacia de la actuación del deudor dirigida al cumplimiento cuando este se verifica frente a un acreedor incapaz sin que medie la intervención de los representantes, personas autorizadas, o apoyos, sea cual fuere el caso. A pesar de ello, considero que el artículo mencionado contiene una *ratio* que nos puede servir para desentrañar la cuestión en torno la ratificación del incapaz.

Sin negar que el *accipiens* (acreedor) del pago no solo debe estar legitimado para recibirlo sino que además debe poseer la aptitud genérica (capacidad) para otorgar total eficacia extintivo-liberatoria al pago, no es ocioso que la norma subcomento pueda ser interpretada sistemáticamente con el artículo 1224 CC en cuanto si resulta siendo de acertada aplicación el principio de la eficacia extintivo-liberatoria del pago que se efectúa a *persona no autorizada* siempre y cuando este se ratifique por el acreedor, también podría colegirse, siguiendo idéntico lineamiento, que el pago (cumplimiento *in genere*) realizado al acreedor en el momento en que era considerado persona incapaz o con capacidad de ejercicio restringida pueda ser eficaz si es que este lo ratifica una vez recuperada (cese de la discapacidad) o adquirida sucesivamente (mayoría de edad) su plena capacidad de ejercicio.

Trascendental a fin de establecer ya su correcta aplicación, y desentrañar la lógica de la norma, es referirse concretamente a la idea de incapacidad, ya que su diverso entendimiento puede dar lugar a la ampliación o reducción de la *fattispecie* bajo análisis. No se trata de un problema de índole estrictamente teórico, sino, por el contrario, de una temática que permite sistemáticamente al operador jurídico proceder al establecimiento de los límites de actuación normativo particular y decidir en que casos se va a producir la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor, dentro de los márgenes permitidos por la ley, identificados, en este caso, con la "utilidad" del pago efectuado para el incapaz.

Verificada la incapacidad, o el tipo de incapacidad del acreedor (de acuerdo a los criterios acogidos por el D.L. N° 1384 tendría que sopesarse si la intervención del "apoyo" reduciría su alcance operativo) se tiene una consecuencia directa (regla general) consistente en la negación del efecto extintivo-liberatorio de la obligación salvo, como ya lo dijimos, en la parte que dicho pago (cumplimiento) haya sido útil para el acreedor incapaz. Sobre el particular, se ha señalado que por *acreedor incapaz de recibir el pago* se entiende al acreedor en estado de incapacidad legal, sobre esto ninguno tiene dudas, y nos encontramos así frente a una de aquellas disposiciones en las cuales se ha dado relevancia a la capacidad de ejercicio más allá de una relación necesaria con actos negociales: pero en estos casos la ley disciplina de modo específico los efectos de la incapacidad, y aquí, en efecto, ella considera el pago hecho al incapaz como no liberatorio *tout court*. Se impide la liberación del deudor incluso prescindiendo de la buena fe del deudor y acreedor (CANNATA, p. 97).

Problema más profundo, que se deja entrever, es aquel que concierne a si específicamente la norma, refiriéndonos en lo estricto al pago no extintivo recibido por el propio acreedor incapaz sin intervención de sus representantes, supone la verificación concreta, en el propio acreedor, de la incapacidad legal o natural, o ambas a la vez. Tomando como punto de inicio la idea de que la incapacidad legal –que niega la *actuación negocial* del sujeto– resulta fácil y seguramente reconocible por la circunstancia de que fluye directamente de los registros públicos (por ejemplo, registros de identificación y/o de estado civil) lo que conlleva a una presunción de su conocimiento (artículo 2012 Código Civil), se debe concluir que su existencia niega la posibilidad del efecto extintivo-liberatorio en la esfera del deudor; máxime si se denota la tendencial irrelevancia de la confianza de los terceros (incluido el deudor) que particularmente la desconozcan, puesto que su ignorancia se configura, en sintonía con la irrelevancia del desconocimiento de las normas jurídicas, como *ignorancia culpable* (ROPPO, p. 794); es tal vez más adecuado referirse a una ausencia de tutela de la situación de desconocimiento de la incapacidad como consecuencia de la *presunción iure* instaurada en nuestro ordenamiento, evitando recurrir a la ficción impropia de la culpa. El deudor que paga a un acreedor incapacitado legalmente no podrá alegar buena fe y solicitar protección a su confianza. Resulta evidente que por parte del incapaz no debe haber habido dolo para inducir al

deudor a la ejecución del pago puesto que, en este caso, no se podrá oponer la ineficacia del pago, concordando convenientemente la norma subcomento con la orientación de fondo contenida en el artículo 229 del Código Civil que sanciona la mala fe del incapaz.

Pero el asunto no queda solamente en la reflexión anterior pues es necesario puntualizar acerca de si, ante la verificación de la incapacidad de ejercicio natural, el pago realizado no se configuraría directamente como extintivo-liberatorio; si se extiende la norma demasiado a cualquier supuesto se expone al deudor a riesgos que no está en grado de controlar; en efecto, el deudor *normalmente* no puede valorar rápidamente si el acreedor es capaz de entender y de querer (capacidad de ejercicio natural), o bien, si tiene alteraciones, resultando así expuesto injustamente al riesgo de no liberarse aun cumpliendo la prestación debida. En esta hipótesis sí sería viable proteger la confianza del deudor, según las circunstancias: no sería necesaria la probanza de la "utilidad" del cumplimiento en tanto se habría producido el efecto extintivo-liberatorio.

No obstante ello, si la incapacidad de ejercicio natural era conocida o conocible por el deudor (apariencia), resulta claro que el pago no será extintivo-liberatorio.

Asunto sustancialmente conexo al tema de la incapacidad es el que se refiere a la "utilidad" del pago para el incapaz que, según se ha manifestado, se subsume en una ventaja: esta comportaría una valoración del empleo que el acreedor haya hecho de la prestación recibida, mientras que el aprovechamiento es una noción más vaga que puede referirse en sentido lato al hecho que el objeto del pago haya sido retransferido al patrimonio del acreedor (BRECCIA, p 544).

La problemática puede centrarse nuclearmente en los supuestos en que la incapacidad –de acuerdo a su tipología y valorando la buena fe del deudor en el cumplimiento, como se ha anotado– genera la ausencia de las consecuencias extintivo-liberatorias; puesto que, en tales hipótesis, puede revertirse, total o parcialmente, la situación generada contra los intereses del deudor, probando precisamente que el pago al acreedor incapaz le habría sido útil. Es discutible si por utilidad pueda entenderse la ventaja, el enriquecimiento conseguido o bien una razonable utilización de la prestación teniendo en cuenta el interés y la autonomía del incapaz. La relevancia de la utilidad en la norma solamente revelaría que esta no ha sido configurada en función del interés del acreedor, que se encontraría tutelado por las normas que imponen la exactitud del cumplimiento (p.e artículo 1220 CC), sino en razón de la provechosa utilización de cuanto ha recibido (BIANCA, p. 293). Sin embargo, se ha sostenido, con bastante criterio, que tal posicionamiento aparece bastante restrictivo, pues de lo que se trata es de tutelar al incapaz en cuanto destinatario de una prestación debida (y no solo de prestaciones dinerarias por ejemplo), refiriéndose a su adquisición en su esfera jurídica y/o patrimonio. Otras reglas presiden la tutela del incapaz sobre la más rentable utilización de la prestación, que es evento sucesivo al pago y presupone que este último sea eficazmente verificado. Así, interpretada la regla puede encontrar también más fácil explicación la posibilidad de que también el pago al deudor incapaz pueda ser liberatorio para el deudor, donde este demuestre que aquello que fue pagado ha sido plasmado en ventaja del incapaz (DI MAJO, p. 289).

La norma subcomento en nuestra opinión, y esto es muy importante, recoge una lógica que se plasma en la necesidad de que la actividad de cumplimiento del deudor pueda tener incidencia sobre el patrimonio del deudor. En el caso que el acreedor sea un incapaz subsiste, en efecto, el peligro que la prestación, a causa de la incapacidad del *accipiens* desaparezca y no se consolide en el patrimonio del acreedor. No es suficiente para el deudor dar la prueba de haber efectuado la prestación a favor del acreedor, es además necesario que sea dada la

prueba de que aquello que ha sido pagado ha sido ejecutado en ventaja del incapaz, es decir, si ha efectivamente entrado y al menos potencialmente se haya consolidado en su patrimonio: por ejemplo, antes de entregar la suma de dinero en las manos de un acreedor demente o de un menor, sería oportuno depositar la suma dineraria en una cuenta bancaria vinculada a quienes tienen la representación legal o la tutela o bien, tratándose de incapacidad natural, cuidan de su asistencia psicofísica (INZITARI, p. 442).

Finalmente, indiquemos que la prueba de la ventaja que ha obtenido el acreedor tiene el carácter de remedio excepcional atribuido al deudor y dirigido a demostrar que, aun no habiéndose efectuado el adecuado control de la aceptación por parte de un sujeto capaz, la prestación ha sido sin embargo útilmente adquirida en su esfera y/o patrimonio. Tal demostración no podrá sino ser dada a través de la prueba de hechos o eventos sucesivos al cumplimiento destinados a confirmar que la prestación ha sido rentablemente utilizada por el incapaz, proporcionando, por ejemplo, resultados económicos útiles (DI MAJO, p. 396).

DOCTRINA

ADDANTE, Adriana. Della mora del creditore (Artt. 1206 - 1217) en Il Codice Civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2017; BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado traducción de Santiago Sentís Melendo Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967, T. III; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones, traducción de José Luis De los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BETTI, Emilio; GALGANO, Francesco; SCOGNAMIGLIO, Renato; FERRI, Giovanni Battista. Teoría general del negocio jurídico. Cuatro estudios fundamentales Traducción del italiano de Leysser León Hilario, Ara Editores, Lima, 2001; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. L'obbligazione Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987, vol. IV; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1992; CANNATA, Carlo. Augusto L'adempimento in generale en Obbligazioni e contratti di Rodolfo Sacco, tomo primo, en Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), Torino, 1988; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; DÍEZ-PICAZO Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, segunda edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983; DI MAJO, Adolfo. Dell'adempimento in generale (arts. 1177-1200) en Commentario al Codice Civile a cura de Scialoja e Branca, libro quarto, Obbligazioni, Edizioni Zanichelli, Bologna - Roma, 1994; FRANCESCHETTI, Paolo. Obbligazioni e Responsabilitá Civile Edizioni Simone, Verona, 1996; ENNECCERUS, Ludwig KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; GIORGIANNI, Michele. L'inadempimento Dott. A. Giuffré Editore, terza edizione, Milano, 1975; INZITARI, Bruno. Le obbligazioni: fonti e disciplina generale en Istituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone, undicesima edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979, T. VII; OSTERLING Felipe y CASTILLO Mario. Tratado de las obligaciones, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato Italiano Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROPPO, Vincenzo. Il contratto en Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2001; SANTORO PASSARELLI, Francesco Dottrine generali del diritto civile, nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012; VISINTINI, Giovanna. Inadempimento e mora del debitore (Art. 1180) en Il Codice Civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987.

Ineficacia del pago por notificación judicial

Artículo 1228.- ***El pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique, no extingue la obligación.***

JORGE BELTRÁN PACHECO

Todo pago es considerado un medio extintivo de una relación obligatoria, en tanto consiste en la "realización de la conducta debida" orientada a la satisfacción del interés del acreedor[1]. Dicho pago debe ser efectuado por el sujeto deudor en tanto es el titular de una "situación jurídica subjetiva de desventaja pasiva", la que lo compromete a realizar una conducta

(1) Sobre la naturaleza jurídica del pago se han establecido diversas posiciones en la doctrina, tales como las que establecen que el pago tiene la naturaleza jurídica de un negocio jurídico, otros señalan que es un acto jurídico en sentido estricto y finalmente se encuentran quienes indican que es un acto debido. Así, Roberto Luzopone en su obra *La naturaleza jurídica del pago* establece que las teorías son: "1.- **Teoria negoziale.** La teoria dell'adempimento come negozio giuridico teneva il campo sotto la vigenza del precedente Codice, e fondava le proprie ragioni –oltre che sul portato della risalente concezione romanistica– sul dato normativo che considerava il pagamento come trasferimento della proprietà del denaro in capo al creditore (solvere est alienare) e sul conseguente carattere traslativo del pagamento (v. art. 1240 c.c. abrog.): di qui poi si sviluppavano le due teorie che ravvisavano nell'adempimento un negozio giuridico unilaterale fondato sull'animus solvendi del debitore oppure un contratto reale finalizzato all'estinzione del rapporto obbligatorio (Sulle cui ragioni v., ampiamente, CHESSA, *L'adempimento*, Giuffré, 1996, p. 24). Anche la giurisprudenza sposava tale ricostruzione dogmatica [Cass. 8.7.46 n. 813, in Massimario giurisprudenza italiana, 1936, Pagamento, 35], che produceva l'effetto, finanche alle soglie degli anni '60, di far ritenere dalle corti di merito l'adempimento suscettibile di ripetizione 'ove il pagamento sia stato frutto di una volizione viziata da errore nel suo determinarsi' [T. Firenze 24.11.59, in Giurisprudenza toscana, 1960,139]. 2.- **Teoria del fatto in senso stretto.** La teoria negoziale venne abbandonata dalla dottrina con l'entrata in vigore del nuovo codice, in base al quale 'per il pagamento non è (più) richiesta (art. 1191 cod.civ.) la capacità che è necessaria al compimento dei negozi giuridici. (...). In difetto del requisito minimo e generalissimo della capacità di agire (...) manca pertanto ogni possibilità di ricondurre la produzione dell'effetto al meccanismo del negozio giuridico': difatti, poiché oramai 'è valido il pagamento compiuto per errore ostativo, o in condizione di incapacità naturale, o sotto l'azione della violenza assoluta di un terzo, o da un terzo con mezzi del debitore senza la sua volontà, sempre che sia prestato ciò che era dovuto' (ROPPO, *Adempimento e liberalità*, Giuffré, 1947, p. 385 e ss.), l'art. 1191 del nuovo codice esprime una valenza tale da far ritenere superata la ricostruzione dell'adempimento sotto il profilo negoziale. Tali considerazioni verrebbero oltretutto rafforzate dall'irrilevanza dell'incapacità del debitore –che abbia ottenuto il bene dovuto– ai fini della perfezione dell'adempimento (art. 1190 c.c.). Questa ricostruzione è stata però successivamente abbandonata dalla dottrina in quanto produttiva di un eccessivo svuotamento della posizione del solvens: si è difatti sostenuto che 'una concezione dell'adempimento che garantisca la partecipazione del debitore è anche preferenza per una forma di tutela che colpisca atti di abuso del creditore. (...) Il richiamo, del resto, alle regole della buona fede e della correttezza (art. 1175) non può non significare divieto al creditore di ottenere il bene dovuto tout court' (DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Artt. 1173-1176 nel Comm. del Cod. Civ. Scialoja- Branca, Zanichelli, 1988, pp. 384-385). Si deve peraltro rilevare come la giurisprudenza sia rimasta del tutto indifferente alla tesi dell'adempimento come mero fatto (CHESSA, cit., pp. 26-29). 3.- **Teoria dell'atto dovuto.** Da un lato le critiche rivolte alla teoria del mero fatto e, dall'altro, l'impossibilità di negare il realizzarsi dell'effetto estintivo dell'adempimento a prescindere dal contributo volitivo del solvens (art. 1191), hanno portato allo sviluppo della teoria dell'atto dovuto, per la quale l'adempimento altro non sarebbe che l'obiettiva attuazione del rapporto obbligatorio a prescindere dalla volontà del debitore ed anche dalla sua non consapevolezza di possedere tale qualifica (CHESSA, cit., pp. 29-30 che peraltro esprime riserve sulla valenza dell'art. 1191: p. 30). Per una ulteriore ricostruzione v. MIRABELLI, *L'atto non negoziale*, Jovene, 1955 p. 242 e ss) : 'il debitore si libera non perché egli ciò voglia o ciò pensi , ma perché e nella misura in cui egli attua il contenuto della obbligazione' (DI MAJO, *Obbligazioni e contratti. L'adempimento dell'obbligazione*, Zanichelli, 1993, p. 15 e ss) . Tale impostazione, se da un lato ribadisce l'irrilevanza dell'animus solvendi (tanto nel solvens quanto nell'accipiens), nel riferimento all'art. 1911 c.c. sembra solamente rinnovare le già vedute perplessità in ordine ad una ricostruzione dell'adempimento in chiave negoziale: in realtà l'impossibilità di ricorrere agli strumenti di impugnazione propri del negozio giuridico non deve costituire il presupposto dell'indagine, ma può esserne bensì la conseguenza sul piano pratico (Cfr. CHESSA, cit., pp. 30-32)".

en vía de satisfacer el interés del acreedor. La realización de la conducta por parte del sujeto deudor debe ser dentro del plazo establecido por la voluntad de los sujetos, por tanto, una vez cumplido el término final, el sujeto deudor se encontrará en una situación de incumplimiento (al violar el principio de oportunidad del pago) que, de unirse al elemento formal (de interpelación) y al elemento subjetivo del interés del acreedor, implicará un supuesto de mora(2).

De no existir alguno de los elementos antes descritos no se verificará la situación jurídica moratoria señalada, quedando solo una situación de imposibilidad de la prestación, que determinará el pago de una indemnización. Del mismo modo, no será posible la ejecución directa (que se materializa en la ejecución forzada o en la ejecución por un tercero), cuando la prestación es imposible y/o no exista interés del acreedor en la realización de la prestación, lo que se considera una "ejecución indirecta".

En los casos de "ejecución indirecta" la satisfacción del interés creditorio se realizará mediante un proceso judicial, el que se iniciará con la demanda presentada por el acreedor, que será notificada al deudor en cumplimiento del principio de contradicción que ilustra todo proceso judicial, de acuerdo con las reglas del debido proceso. Una vez notificado el sujeto deudor, este conocerá la intención del sujeto acreedor de no recibir la prestación original sino una prestación sustituta denominada "indemnización". Por tanto, de realizar el sujeto deudor la conducta comprometida (el pago), no podrá alegar "buena fe" (creencia en

(2) Sobre la mora del deudor, Lucia di Giovine en su texto *Apuntes de Derecho Privado* nos dice: "la mora del debitore è la situazione giuridica che si determina quando il debito è esigibile, cioè scaduto, e il debitore è in ritardo con l'adempimento. **Il ritardo deve essere ingiustificato. Se il ritardo diventa definitivo, o l'obbligazione consiste in un non fare e quindi non ha senso parlare di ritardo, la costituzione in mora non è più un rimedio per il creditore, che dovrà ricorrere ad altri rimedi come la risoluzione del contratto.** La costituzione in mora (art. 1219 c.1) consiste nell'intimazione di adempimento rivolta per iscritto dal creditore al debitore ritardatario. **La costituzione in mora può avvenire anche automaticamente** (art. 1219 c.2) quando:
- l'obbligazione deriva da **fatto illecito extracontrattuale** che determina il sorgere di una responsabilità civile (ex. Art.2043) per colpa (soggettiva e oggettiva) o per dolo . es. derivante dal possesso di animali (es. il cane azzanna il postino) o dalla rovina di edifici (es. il cornicione del tetto crolla su un'auto in sosta) o da atti compiuti da propri dipendenti durante l'attività lavorativa (es. il dipendente di un'agenzia immobiliare stila un atto errato o dà un calcio al cane del cliente)
- il debitore ha **dichiarato per iscritto di non voler adempiere**
- l'obbligazione, che doveva essere adempiuta al domicilio del creditore, aveva un termine essenziale, scaduto. In tal caso il ritardo coincide con l'inadempimento (è il caso dei debiti pecuniari).
Gli effetti della costituzione in mora sono:
- **il risarcimento del danno** (art. 1223 – c.d. danno positivo:
• perdita subita (danno emergente) e
• mancato guadagno (lucro cessante),
in quanto siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, cioè i danni devono avere un nesso di **causalità giuridica**. Se l'inadempimento non dipende da dolo, i danni risarcibili sono solo quelli prevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione, se dipende da dolo i danni risarcibili sono sia quelli prevedibili che quelli imprevedeibili)
- **gli interessi moratori per le obbligazioni pecuniarie** (art. 1224 - calcolati al tasso legale o superiori secondo quanto era stato concordato fra le parti) che hanno funzione risarcitoria
- **gli eventuali danni superiori agli interessi moratori,** se provati dal creditore e se non era stata convenuta la misura degli interessi moratori (art. 1224)
- **l'imputazione al debitore del rischio per impossibilità sopravvenuta** della prestazione **anche se per causa a lui non imputabile**, ad eccezione se dimostra che la cosa sarebbe andata distrutta anche se si fosse trovata presso il domicilio del creditore (art.1221)
- l'interruzione della prescrizione del diritto di credito (10 anni)
- **in sede processuale la colpa del debitore si presume** (inversione dell'onere della prova) e spetta a lui scagionarsi. Al creditore spetta solo dimostrare l'esistenza dell'obbligazione.
Gli effetti della mora vengono meno quando viene compiuto un atto capace di cancellarne gli effetti: rinuncia del creditore, adempimento del debitore con relativi interessi".

un cumplimiento adecuado) puesto que era de su conocimiento la sustitución o mutación del interés del acreedor. Así, el acreedor podrá devolver el bien entregado o rehusar la realización del servicio ofrecido, no extinguiendo la obligación el hecho de haberse efectuado en el plano material la prestación original.

La obligación será extinguida solo una vez cumplida la entrega de la prestación sustituta o indemnización.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La Teoria Generale delle Obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, L'obbligazione, Vol. IV. Giuffrè Editore, Milano; CHESSA. L'adempimento. Giuffrè, Milano, 1996; DI MAJO, Adolfo. Obbligazioni e Contratti. L'adempimento dell'obbligazione. Zanichelli, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; ROPPO. Adempimento. Giuffrè, Milano, 1947.

Prueba del pago

Artículo 1229.- ***La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.***

Concordancias:
C.C. art. 1273, C.P.C. art. 188 y ss; LEY 27287 arts. 17, 64, 148

JORGE BELTRÁN PACHECO

Una de las reglas del proceso judicial establece que "quien alega un hecho tiene la carga de demostrarlo". Esto significa que aquel justiciable, quien acude al Poder Judicial en búsqueda de tutela jurisdiccional, tendrá que acreditar los hechos que sustentan su pretensión. Dicha situación jurídica en la que se encuentra el sujeto del proceso (activo o pasivo) es una de desventaja activa de carga, es decir, es una situación de sumisión o subordinación en virtud de la que se efectúa una conducta material como presupuesto del ejercicio de una situación de ventaja, girando en torno de un interés propio.

Esta situación jurídica es distinta de la situación jurídica de deber en la que el sujeto deudor debe realizar una conducta de desventaja o subordinación para satisfacer el interés de otro sujeto, llamado "acreedor". Así, cuando se celebra, por ejemplo, un contrato de compraventa, el vendedor asume un deber de entregar el bien en propiedad y el comprador un deber de pagar el precio en dinero; ambos deberes, tal como apreciamos, buscan satisfacer necesidades de su respectiva contraparte.

Según lo indicado en los párrafos anteriores, si el sujeto deudor o un tercero afirman haber pagado la deuda objeto de la obligación, deberán presentar los medios probatorios correspondientes que acrediten la ocurrencia de dicha situación material. De no efectuarse tal demostración, el magistrado que conoce el proceso judicial por incumplimiento de obligación o por ejecución de obligación de dar o hacer, tendrá que concluir que no se realizó el ejercicio de la prestación con las correspondientes consecuencias que conlleva ello para las partes involucradas en el proceso. Así, por ejemplo, de demandarse el pago de una indemnización por inejecución de la prestación por culpa del deudor (ante la imposibilidad del pago) y no demostrar la parte demandada que realizó el pago respectivo, entonces el magistrado (siempre que se acrediten los elementos de la responsabilidad civil) tendrá que ordenar el pago de la indemnización pretendida.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La Teoria Generale delle Obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, L'obbligazione, Vol. IV. Giuffrè Editore, Milano; CHESSA. L'adempimento. Giuffrè, Milano, 1996; DI MAJO, Adolfo. Obbligazioni e Contratti. L'adempimento dell'obbligazione. Zanichelli, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; ROPPO. Adempimento. Giuffrè, Milano, 1947.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La prueba del pago se puede realizar de forma directa o indirecta

El artículo 1229 del Código Civil prescribe que el deudor es quien prueba el pago. Lo hace, de manera directa, con el recibo, o de manera indirecta con cualquier otro medio probatorio que sea irrebatible y de la que pueda concluir que se cumplió con la prestación puesta a cobro. El deudor es quien prueba el pago, y que lo hace, de manera directa, con el recibo, o de manera indirecta cualquier otro medio probatorio que sea irrebatible y de la que se pueda concluir que se cumplió con la prestación puesta a cobro. Nuevamente aquí debe indicarse que los documentos indicados por el recurrente no generan dicha convicción, por ser unilaterales, por no coincidir con la pericia judicial, por existir un pagaré que se pone a cobro, por la conducta exhibida por el demandado. De ello fluye que no se vulnera la norma denunciada, pues no hay evidencia que se haya cumplido con la obligación (Cas. N° 1780-2015-Arequipa).

la prueba del pago compete a quien afirma haberlo efectuado

{L}a codemandada (...) no ha acreditado de ningún modo que la actora le adeude la suma de cincuenta mil dólares americanos, lo que implica que se ha omitido considerar lo establecido en el artículo 1229 del Código Civil, por cuanto al haberse acreditado la existencia de la obligación, la carga de la prueba se invierte y obliga al eventual deudor a probar que la deuda fue cancelada; dicho de otro modo, la prueba del pago compete a quien afirma haberlo efectuado (Cas. N° 3829-2008-La Libertad).

Retención del pago

Artículo 1230.- *El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente.*

Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido este, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago puede retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado.

Concordancias:
LEY 27287 art. 17

JORGE BELTRÁN PACHECO

El presente artículo debe leerse de forma sistemática con el artículo anterior, en tanto la entrega del recibo correspondiente es un medio demostrativo de la ejecución del pago por parte del deudor.

Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, el arrendador debe entregar al arrendatario que efectúa el pago de la renta, un recibo o comprobante de pago que sirva de medio probatorio de la entrega del monto dinerario para evitar posteriores alegatos, por parte del arrendador, de un "posible" no pago de la renta. El deber accesorio de entregar el recibo no solo resulta indispensable para el arrendatario (según lo señalado), sino además es un imperativo legal tributario para efectos del pago del impuesto a la renta de primera categoría.

Ante la no entrega del recibo el deudor podrá ejercitar su "facultad" de no entregar el monto (a manera de excepción de cumplimiento), en tanto no se le otorgue el recibo por la ejecución de la prestación. Así, por ejemplo, el beneficiario de un servicio profesional (como es el caso del abogado o del médico) podrá suspender el pago de la retribución hasta que no se le entregue el recibo por honorarios profesionales. Ante tal aseveración, algunos podrían válidamente afirmar que la entrega del recibo por honorarios es una carga del prestador del servicio (acreedor de la retribución), puesto que de no entregarse será el mismo acreedor quien perjudique sus intereses, ya que no se le pagará el monto acordado por la ejecución de la conducta pactada.

El segundo párrafo del presente artículo se refiere al pago de una relación cambiaria que se materializa en un título valor determinado. Así, de acuerdo con los principios de incorporeidad y de literalidad, el derecho patrimonial que es materia de pago, existe mientras esté incorporado en el título valor (documento que cumple con determinadas formalidades establecidas en la Ley de Títulos Valores). Por ello, una vez pagada la deuda el sujeto acreedor, poseedor del título, deberá devolver el documento o título, para evitar así un posible futuro proceso de ejecución por el no pago de la deuda, puesto que se presume que si el sujeto acreedor aún mantiene en su poder el título, es porque este no ha sido cancelado.

El problema se suscita cuando el título se extravía. En el presente caso, siempre que el título sea uno nominativo (es decir, solo se paga al que figura como legitimado para el cobro y no a cualquier poseedor), el acreedor deberá reconocer la deuda y el pago de la misma mediante una declaración que evite un futuro proceso ejecutivo o causal. De ser el título uno "al portador" la situación se complicará para el deudor puesto que deberá pagarle a quien se presente como poseedor del documento, sin lugar a reclamo alguno.

El interés del deudor, de acuerdo con el artículo en estudio, es que se le reconozca el pago efectuado y que se evite cualquier cobro posterior, mediante un reconocimiento de deuda y pago.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La Teoria Generale delle Obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, L'obbligazione, Vol. IV. Giuffrè Editore, Milano; CHESSA. L'adempimento. Giuffrè, Milano, 1996; DI MAJO, Adolfo. Obbligazioni e Contratti. L'adempimento dell'obbligazione. Zanichelli, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; ROPPO. Adempimento. Giuffrè, Milano, 1947.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Corresponde al acreedor la obligación de obtener la declaración judicial que inutilice el título

Conforme al artículo 1230 del Código Civil, corresponde al acreedor la obligación de obtener la declaración judicial que inutilice el título extraviado y no al deudor como erróneamente se señala en la resolución recurrido ***(Cas. Nº 3243-1998-Callao).***

Presunción de pago de cuotas anteriores

Artículo 1231.- ***Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario.***

Concordancias:
C.C. arts. 1323, 1561; C.P.C. art. 812

JORGE BELTRÁN PACHECO

Las obligaciones con prestaciones periódicas son aquellas que se efectúan en distintas etapas o momentos, sin existir el pago instantáneo (y en algunos casos, coetáneo) de la contraprestación. En el presente supuesto, se sostiene que cada una de las cuotas o prestaciones periódicas son autónomas o independientes, pero no obstante, de existir el pago de una de las cuotas posteriores se deberá entender que también se pagaron las anteriores.

La pregunta ante esta aseveración es ¿por qué? La respuesta es que las deudas que un sujeto tiene frente a un mismo acreedor deben ser canceladas por tiempos según su vencimiento, es así que de existir diversas deudas que han vencido de forma secuencial, el acreedor al pagar pagará primero las deudas más antiguas y luego aquellas que se hayan asumido posteriormente. Mediante la lógica indicada, se afirmará, salvo pacto en contrario, que de haberse entregado recibos por prestaciones posteriores entonces las deudas anteriores debieron cancelarse en su oportunidad.

Así tenemos en el presente artículo dos normas:

Norma primera.- Si existe una obligación con prestaciones periódicas y se ha entregado un recibo por el pago de una prestación o cuota posterior, **entonces** se presume el pago de las anteriores, salvo pacto en contrario.

Norma segunda.- Si existe una obligación con prestaciones periódicas y se ha entregado el último recibo, **entonces** se presume el pago de las anteriores, salvo pacto en contrario.

En ambos supuestos normativos existe una presunción *iuris tantum*, es decir, se admite prueba en contrario, la que deberá ser aportada por el acreedor de la relación obligatoria.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La Teoria Generale delle Obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, L'obbligazione, Vol. IV. Giuffrè Editore, Milano; CHESSA. L'adempimento. Giuffrè, Milano, 1996; DI MAJO, Adolfo. Obbligazioni e Contratti. L'adempimento dell'obbligazione. Zanichelli, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; ROPPO. Adempimento. Giuffrè, Milano, 1947.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Se presume el pago si el deudor obtiene un recibo de su acreedor

Estando al artículo 1231 del Código Civil, el deudor puede pagar una o algunas de las prestaciones, aunque otras queden insolutas, pero el acreedor puede rechazare el pago correspondiente a una prestación, habiendo otras anteriormente vencidas y no satisfechas, sin embargo, si el acreedor recibe tal pago, otorgando el recibo respectivo, la ley presume iuris tantum, a favor del deudor, que las prestaciones anteriores también se hallan pagadas (Cas. N° 1679-199-Lambayeque).

Presunción de pago de intereses

Artículo 1232.- ***El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de estos, salvo prueba en contrario.***

Concordancias:
C.C. art. 1257

JORGE BELTRÁN PACHECO

El presente artículo no merece mayor comentario por la claridad de su construcción normativa. Para entenderlo es indispensable efectuar una lectura sistemática del artículo con otras normas del Código Civil peruano; así de acuerdo al artículo 1257 del Código Civil, cuando el deudor debe capital, intereses y gastos, al efectuarse un pago debe entenderse que primero se pagan los intereses, luego los gastos y finalmente el capital, salvo que se estipule lo contrario.

Esta regulación sobre el orden de imputación del pago, leída conjuntamente con lo comentado en artículos anteriores, sobre la solicitud, por parte del deudor, de la entrega de un recibo que acredite la realización de la prestación, a efectos de evitar cualquier reclamo posterior, nos lleva a concluir que "de no indicarse nada en contrario, el recibo del capital implicará (como medio demostrativo) que también se pagaron los intereses y gastos", de acuerdo con lo regulado en el artículo antes citado.

La presente aseveración puede ser desvirtuada si es que se demuestra que la entrega del recibo por el capital solo acreditó dicha situación jurídica, mas no el pago de intereses algunos. La carga de la prueba de este hecho le compete al acreedor.

Por tanto, efectuando el estudio del artículo con las normas sobre intereses, llegamos a las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, el interés es el fruto del capital y como tal solo es posible su existencia en la medida en que exista un valor capital de por medio (que no necesariamente es un monto de dinero); dichos intereses pueden ser convencionales o legales, según sea el resultado de la voluntad de los sujetos o el efecto del imperio legal; en el primero de los casos, podrá ser compensatorio (si es el precio por el uso del capital, es decir, compensa el valor adquisitivo utilizado por el sujeto que recibió el monto capital en defecto de quien lo proporcionó) o moratorio (si busca indemnizar el daño producido por el retraso en la devolución del capital); en este orden de ideas, solo si se pactó el interés convencional (salvo en el caso del mutuo donde no es necesario tal pacto) y se entregó una suma de dinero, la entrega de un recibo que traslade el valor del pago al monto capital presumirá que ya se han pagado los intereses pactados, puesto que primero debió imputarse dicho valor a estos y a los gastos, para luego pagarse el capital.

b) En segundo lugar, si el sujeto acreedor expresa la voluntad de considerar cancelada la deuda capital por entregar, como constancia de ello, un recibo respecto a dicho pago, entonces solo este podrá desvirtuar dicha valoración mediante un medio probatorio que demuestre que su voluntad era diversa a la manifestada.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La Teoria Generale delle Obbligazione. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado, Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, L'obbligazione, Vol. IV. Giuffrè Editore, Milano; CHESSA. L'adempimento. Giuffrè, Milano, 1996; DI MAJO, Adolfo. Obbligazioni e Contratti. L'adempimento dell'obbligazione. Zanichelli, 1993; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; ROPPO. Adempimento. Giuffrè, Milano, 1947.

Entrega de títulos valores en obligaciones dinerarias

Artículo 1233.- ***La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, solo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.***

Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

Concordancias:
C.T. art. 32; LEY 27287 art. 1 y ss.; LEY 26887 art. 26; LEY 26702 art. 168

María Elena Guerra Cerrón

Los títulos o sumillas de los artículos de una ley son referenciales, por lo tanto, no deben ser considerados para calificar o establecer el contenido del texto legal. En algunos textos se sumilla erróneamente el artículo 1233 como "Pago con títulos valores"; cuando lo que se regula es la entrega de títulos valores en obligaciones dinerarias, y los efectos que se producen de esta entrega.

La entrega de títulos valores puede ser *pro solvendo o pro soluto*. La regla general es que la entrega de títulos valores produce un efecto liberatorio siempre que estos sean pagados, esto es, *pro solvendo*; y solo cuando se establezca expresamente será *pro soluto*, y se podrá hablar de "pago con títulos valores". Sin embargo, el artículo 1233 contiene además un supuesto excepcional al que denominamos regla del " título valor perjudicado", por el cual la entrega de títulos valores producirá la extinción de las obligaciones causal y cambiaria, cuando el acreedor por su culpa permita que un título valor se "perjudique" (se admite el pacto en contrario).

1. Delimitación

Si tenemos en cuenta que toda deuda pecuniaria se extingue con su pago (*pro soluto*), el primer enunciado de este artículo es coherente con la regla general, ya que se establece que la entrega de títulos valores solo produce el efecto de pago cuando estos hayan sido pagados o realizados (entrega *pro solvendo*). Este supuesto es claro y no existe ningún problema puesto que se extinguirá la obligación solamente cuando se cobren los títulos valores. Es posible que las partes de común acuerdo establezcan expresamente que la entrega de títulos valores es *pro soluto*, con lo que la obligación se tiene por cumplida y se extingue.

En el segundo enunciado del artículo 1233 se presenta un supuesto singular de extinción de obligaciones, el que constituye una nueva regla, ya que, cuando el acreedor por su culpa o negligencia permita que el título valor se "perjudique", se produce la extinción. Sin duda si la entrega del título valor fue *pro soluto* entonces no hay problema; pero si fue *pro solvendo*, entonces se presentan una serie de efectos que requieren un análisis especial.

En ambos supuestos se ha previsto el pacto en contrario; sin embargo, en la práctica, no es usual que encontremos tal pacto.

2. Antecedentes

Como antecedente del artículo 1233 del Código Civil vigente tenemos el artículo 214 del Primer Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora del Código Civil, ela- borado por Manuel Augusto Olaechea. Luego en el Segundo Anteproyecto del Libro Quin- to de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1926, en el numeral 204, se

repite el mismo texto del glosado artículo 214. Igual repetición encontramos en el Proyecto del Código Civil de 1936, en artículo 1248: "La entrega de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos, solo producirán los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

Con leves cambios, en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil del año 1984 elaborado por Felipe Osterling Parodi[1], en su numeral 100, se señala: "La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, solo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

A su vez el antecedente del artículo 1233 y de los que lo precedieron se encuentran en la legislación española. La transcripción del artículo 1170, segundo y tercer párrafo, del Código español ha sido casi total[2]: "(...) La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

Se verifica a través del tiempo que, no obstante los diferentes cambios normativos y las disposiciones especiales que se fueron dando, como la Ley de Títulos Valores, se ha mantenido la misma redacción del artículo 1233.

3. Títulos valores a los que se refiere el artículo 1233

En la Exposición de Motivos del artículo 1233 del Código Civil encontramos que este se refiere expresamente a los títulos valores que representen un crédito y se trate de órdenes o promesas de pago, esto es, a la letra de cambio, al pagaré, al cheque y a los vales a la orden. En la actual Ley de Títulos Valores - Ley N° 27287 el vale a la orden fue suprimido por su poco uso. Además, en la Ley N° 27287 se han previsto nuevos títulos valores con ciertas características especiales que aseguran más el crédito, tales como la factura conformada, certificado bancario en moneda nacional, certificado bancario en moneda extranjera y los valores mobiliarios: letra hipotecaria, cédula hipotecaria negociable, pagaré bancario y certificado de depósito negociable. Luego tenemos los títulos de tradición: warrant, certificados de depósito, conocimientos de embarque y las cartas porte.

En algunos casos estos nuevos títulos valores no requieren protesto. Además, por su propia naturaleza no estarían en el supuesto del artículo 1233 del Código Civil y por lo tanto, no se daría el "perjuicio" al dejarse de ejercitar las acciones cambiarias dentro del plazo de prescripción. Aquí surge una gran interrogante ¿ la regla del título valor perjudicado se aplica

(1) "El propósito del artículo 100, que se inspira en el artículo 1248 del Código actual y en su antecedente, el artículo 1170 del Código Civil español, es el mismo que determinó que el legislador de 1936 manifestara en la Exposición de Motivos del Proyecto, que el objeto de la norma era resolver que la entrega de documentos no producía los efectos del pago, ni operaba novación, sino cuando ellos eran cancelados o se perjudicaban por negligencia imputable al acreedor". "De las obligaciones y de sus modalidades y efectos", anteproyecto del doctor Felipe Osterling Parodi, *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1980, p. 274.

(2) En cuanto al artículo señalado, el legislador del Código Civil de 1936 en su artículo 1248 se limitó solo a suprimir la palabra "mercantiles", contenida en el segundo párrafo del artículo 1170 del Código Civil español, reproduciendo su texto en lo demás.

solo a los títulos valores "tradicionales" como letra de cambio, pagaré y cheque? Nuestra respuesta es positiva, consideramos que la ratio legis del artículo 1233 no considera a los nuevos títulos valores y mucho menos a los valores desmaterializados. Sin embargo, también podría considerarse que hay que adecuar el contenido a la regulación actual para lo cual sería necesario un estudio especial de las particularidades de cada título valor y de aquellos que puedan crearse para establecer la operatividad en cada uno de la regla del título valor perjudicado.

4. La regla del "título valor perjudicado"

Como ya hemos dicho, el segundo enunciado del artículo 1233 del Código Civil ha previsto un supuesto especial con el efecto de extinción de obligaciones, tanto de la obligación causal como de la obligación cambiaria. Frente a ello solamente queda la opción de la acción derivada que es a través de la acción por enriquecimiento sin causa o la prueba anticipada.

Podríamos señalar como justificación a este supuesto que identificamos como regla del "perjuicio" del título valor, el hecho de que aun cuando en todos los casos el principio debe ser la protección al acreedor, quien es el que ha confiado en el sistema y en la garantía de un título valor, existe también una necesidad de equilibrio en la protección, tanto para el acreedor como para el deudor. El acreedor por ser tenedor legítimo de un título valor, tiene un "deber de conservación", un deber de cuidar diligentemente el derecho que emana de la posesión del título valor. Si lo "perjudica" hay una sanción a esa negligencia. El "deber de conservación" es un imperativo que garantiza y fortalece la circulación de los títulos valores.

5. Concepto de "perjuicio" del título valor

En relación al perjuicio del título valor, nos dice el profesor Carlos Cárdenas, que: "No se aclara el sentido de la expresión 'perjudicado' que se emplea en su texto y que es de vital importancia su definición, pues del perjuicio del título o de su pago, depende que se produzcan los efectos jurídicos a que se refiere el precepto"(3).

Así también lo expresa Ricardo Beaumont cuando dice que: "El tema de la relación causal y de la relación cambiaria tiene particular significación en el marco del artículo 1233 del CC, pues la gran preocupación del acreedor radica en conocer con precisión cuándo se perjudica un título valor y cuándo es realmente por culpa del acreedor, pues con noticia de ello podrá prever y adoptar las medidas conducentes para que ello no ocurra"(4).

Según la semántica, los términos "perjudicar" y "perjudicado" significan "ocasionar daño o menoscabo material o moral" o "el efecto de perjudicar o perjudicarse" o "la ganancia lícita que deja de obtenerse, o gastos o deméritos que se ocasionan debido a la acción u omisión de segunda persona y que esta tiene que indemnizar, además del daño o detrimento material acusado por modo directo". Pero estos significados no contribuyen en nada a establecer el sentido jurídico de "perjuicio" en el artículo 1233.

En su Diccionario de Términos Jurídicos, Pedro Flores Polo refiere, respecto al término "perjudicado" que, en Derecho Procesal, es el título ejecutivo que ha perdido su mérito de tal,

(3) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago con títulos valores (a propósito del artículo 1233 del nuevo Código Civil". Separata de *Para leer el Código Civil*. Volumen I, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.

(4) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES, AGUILAR, Rolando. *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores*. 2ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 444.

e inclusive, la exigibilidad en juicio ordinario, por haberse omitido ciertas formalidades (la comprobación de "no conforme por falta de fondos", por ejemplo, tratándose de cheques), o por haberse dejado vencer todos los plazos legales para su presentación o cobro[5].

Discrepamos, con este concepto, ya que se comprende a todo título ejecutivo, cuando el término "perjudicado" –que estamos desarrollando– está referido solo a los títulos valores. No debemos olvidar que todo título valor es un título ejecutivo, pero no todo título ejecutivo es un título valor.

En el contexto cambiario –en la práctica– se suele usar el término "perjudicado" cuando se omite cualquier formalidad de un título valor; sin embargo, el sentido del término lo tenemos que buscar en el Código Civil o Derecho Civil.

En el ejercicio de la defensa técnica y en la práctica jurisdiccional civil se ha venido tratando al "perjuicio" como cualquier falta de formalidad esencial. Como ejemplo tenemos la ejecutoria de fecha 27-09-2000 recaída en el expediente número 99-11391-2214 que tiene como fundamento de apelación: "b) que la letra de cambio materia de cobro *no cumple con las formalidades y requisitos que regula el artículo 61.3 de la Ley 16587* que señala que la letra debe contener el nombre de la persona a cuyo cargo se gira la letra, por cuanto de la revisión de la misma se ha consignado como obligado (...) por tanto, la letra de cambio se habría perjudicado por no haberse llenado con las formalidades y requisitos que la regulan...".

A su vez, en el Expediente N° 180-96 de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 27 de mayo de 1996, se consideró un título valor perjudicado cuando: "(...) el tenedor del título valor con carácter potestativo accionara en la vía que corresponde a condición que el título valor se halla perjudicado, como es el caso de autos, por adolecer de los requisitos formales exigidos por el artículo 61 y, sustitutoriamente, por el artículo sesenta y dos de la ley dieciséis mil quinientos ochenta y siete no lo podría hacer en el proceso ejecutivo y más bien en el proceso abreviado (...), de tal manera que las exigencias formales devienen en innecesarias"[6].

Si bien es cierto que actualmente en la Ley N° 27287 está previsto que se puede pactar el no protesto, ello no nos libera de la regla del "título valor perjudicado", por cuanto se mantiene el protesto como requisito general para ejercitar las acciones cambiarias, siendo el no protesto la excepción (facultativo), siempre que se consigne la cláusula de no protesto.

Por otro lado, en la práctica, se ha introducido un nuevo concepto al que se le denomina "acción perjudicada" cuando se presenta, entre otros, el siguiente supuesto: "por no promover, oportunamente, las acciones por derecho de cambio"[7] o, refiriéndose a la legitimidad activa, "en relación a la legitimidad activa en las acciones cambiarias o a la carencia de ella, así como a diversas cuestiones o hechos que hacen que se perjudiquen tales acciones o, también, que subsistan estas (aspecto estrechamente vinculado con el tema de la legitimación), la Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287)(...)"[8].

(5) FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de términos jurídicos*. Volumen 3, 2ª edición. Marsol Perú Editores, Lima, 1987, p. 353.

(6) OSORIO RUIZ, Zaida. *Jurisprudencia comercial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pp. 56-57.

(7) Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, p. 275.

(8) OSORIO RUIZ, Zaida. Ob. cit., p. 43.

Igualmente, el "perjuicio" también es relacionado con el deterioro, destrucción, enmendadura, tarjadura o tachadura, alteración, título valor incompleto o título valor falsificado, a pesar que cada uno tiene una connotación y tratamiento distintos.

En estricto rigor, el concepto o sentido de "perjuicio" en el artículo 1233 según la exposición de motivos de nuestro actual Código Civil, no está referido a cualquier omisión formal o ausencia de validez o cualquier otra causa de pérdida de acción cambiaria, sino exclusivamente a:

- Omitir el protesto dentro del plazo de ley.
- No realizar el protesto de manera adecuada.
- No ejercitar dentro del plazo de ley las acciones por derecho de cambio.

Un uso amplio de "perjuicio" y casi coloquial ha llevado a ignorar el sentido que corresponde al "título valor perjudicado", y peor aún, ha llevado a la ineficacia de la regla del "título valor perjudicado".

6. Supuestos de aplicación de la regla del "título valor perjudicado"

Respecto a la regla del "título valor perjudicado" hay varias lecturas o posiciones académicas. La nuestra es que su alcance es general y que no hay que establecer supuestos ni momentos, y que en todos los casos de "perjuicio" se extingue la obligación primitiva o causal, e igualmente la acción cambiaria; sin embargo, para otras personas sí hay supuestos a identificar.

Existe una posición por la que se considera que esta regla se aplica a los documentos a cargo de terceros, o sea a aquellos aceptados, girados o suscritos por tercera persona o transferidos por el deudor al acreedor mediante entrega o por endoso. Otra considera a aquellos otros aceptados, girados o suscritos únicamente por el deudor, al portador o a la orden del acreedor, que el deudor entrega a ése, o sea, a los documentos en los que la relación cambiaria se circunscribe al deudor y al acreedor, sin intervención de terceras personas. Por otro lado, también se establecen los siguientes dos momentos:

a) Cuando el título valor no ha circulado

   Se trata de la relación entre acreedor y deudor originarios. Si el título valor se "perjudica", entonces se pierde la acción cambiaria directa, pero la acción causal siempre quedará expedita.

   El sustento de esta afirmación lo encontraríamos en la Ley N° 27287 "artículo1.2. Si le faltare alguno de los requisitos formales esenciales que le corresponda, el documento no tendrá carácter de título valor, quedando a salvo los efectos del acto jurídico a los que hubiere dado origen su emisión o transferencia".

   Entonces, si la acción causal siempre está expedita no tendría sentido que en este supuesto se aplique la regla.

b) Cuando el título valor ha circulado

   El título valor circuló. El deudor principal es una tercera persona ajena a la relación causal que dio origen a la emisión del título valor.

   Si se "perjudica" el título valor, si y solo si el tercero es ajeno a la relación originaria, entonces se extingue la acción causal primitiva que originó la emisión del título

valor y también se extingue la acción cambiaria. A manera de ilustración de este supuesto tenemos:

- A emite un pagaré a favor de B por compraventa de una casa.
- B lo endosa a C por pago de honorarios.
- C no lo protesta y el pagaré se perjudica por su negligencia.
- C no puede exigir pago del pagaré ni a A ni a B.
- C no puede ir contra A porque le une solo vínculo cambiario.
- Contra B tampoco porque no puede devolverle el pagaré perjudicado, ya que la obligación primitiva (pago de honorarios) ha sido cancelada y no existe deuda por esa relación causal.

En este sentido, ante este supuesto quedan las siguientes opciones, concordantes con el artículo 20 de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores, y el artículo 1233 del Código Civil: Enriquecimiento sin causa y prueba anticipada.

Entonces, la pregunta problema que corresponde plantear es ¿qué supuestos comprende el artículo 1233 del Código Civil: el del acreedor y deudor originarios o el caso del tercero ajeno a la relación originaria, por circulación del título valor, o es de aplicación general a toda relación en la que se deje "perjudicar" el título valor?

Ante estas posiciones y tal y como dice el profesor Cárdenas Quirós[9], "Es lamentable que no se haya resuelto la materia y que se haya dejado librada a la interpretación"[10], ambigüedad que ha llevado a la ineficacia de la regla del "título valor perjudicado".

7. Derecho comparado

Como ya hemos expuesto, el antecedente del artículo 1233 del Código Civil y de aquellos que lo precedieron está en la legislación española; verificamos que igualmente lo es en algunas legislaciones extranjeras, como en el Código Civil de Honduras, Panamá y Costa Rica[11].

Hemos hecho una revisión en otras legislaciones, pero no hemos encontrado una regla singular como la del "perjuicio" del título valor.

a) El Código Civil de Honduras de 1906

Artículo 1435, segundo y tercer párrafo: "Decreto 76 -19 de enero de 1906- Código Civil.

Artículo 1435.- El pago de las deudas por dinero deberá de hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata y oro que tenga curso legal. La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio y otros documentos

(9) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Ob. cit., p. 126.

(10) Podemos decir que en este caso no solo se ha dejado a la libre interpretación sino a la integración. Por incompatibilidad puede entenderse una antinomia y, de ser así, se tendría que recurrir a la integración para resolverla.

(11) El profesor Manuel de la Puente y Lavalle hace referencia a estas legislaciones. La transcripción de los artículos según los respectivos Códigos Civiles es nuestra. Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general.* Tomo I. Biblioteca para leer el Código Civil, volumen X, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 465.

mercantiles, solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen 'perjudicado'.

Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

b) Código Civil de Puerto Rico

Regula el pago a partir del artículo 1110 y es interesante destacar que este artículo establece que una forma como se extinguen las obligaciones es "por el pago o cumplimiento".

Entonces se hace una distinción entre pago y cumplimiento, pero no se hace mayor precisión.

En el artículo 1124, segundo párrafo, encontramos que se establece lo siguiente: "El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en Puerto Rico.

La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

c) Código Civil y Comercial argentino

Encontramos la regulación "Del pago" dentro del Libro Tercero. Derechos personales, Título I, Obligaciones en general, Capítulo 4, Pago, a partir del artículo 865 y siguientes. Sin embargo, no está prevista ninguna regla como la del "perjuicio" del título valor.

La regla general del pago la encontramos en el artículo 865: "Pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación".

d) Código Civil chileno

Está regulado en el Título XIV como "De los modos de extinguirse las obligaciones, y primeramente de la solución o pago en efectivo".

En el artículo 1567 se establece que toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula. Entre otras causas, las obligaciones se extinguen en todo o parte por la solución o pago efectivo. Por pago efectivo se entiende la prestación de lo que se debe.

No encontramos una regla similar a la del "perjuicio" del título valor.

e) Código mexicano

El pago está regulado a partir del artículo 2062. Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido y así queda extinguida la obligación, pero según el artículo 2095, la obligación

queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida[12].

No existe el supuesto de la entrega de títulos valores con efecto de pago, pero según este artículo 2095 las partes pueden pactar en ello.

f) Código Civil francés

El Código Civil francés se divide en tres libros. El Libro III *[Le Livre III du Code Civil (des manières dont on acquiert la propriété)]* prescribe las diferentes maneras de adquirir la propiedad y curiosamente dentro de este libro se establecen las normas relativas a las obligaciones y a su extinción.

Entre los artículos 1234 y 1314 se regulan los contratos y las obligaciones convencionales en general.

El Capítulo V se refiere a la extinción de obligaciones. Una de las formas de extinguir las obligaciones es el pago, al igual que en el Perú.

No encontramos referencia alguna a la entrega de títulos valores con efecto de pago, ni tampoco la regla del "perjuicio" del título valor.

La letra de cambio *(De la lettre de change)* y otros títulos valores se encuentran regulados en el Código de Comercio francés.

g) Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*)

La versión del Código Civil alemán al 2002 regula la extinción de las obligaciones a partir del artículo 362:

"Erslöschung durch Leistung,

(1) Das Shuldverhältnis erlischt wenn die Geschuldete Leistung an der Gläubiger bewirkt wird.

(2) Wird an einen Dritten zum Zwecke der Erfüllung geleistet, so findet der Vorshift des &185 Anwendung".

La relación obligatoria se extingue cuando se realiza (esta es la traducción que corresponde y no la de cumplimiento) la prestación debida al acreedor[13]. No obstante lo expuesto, siempre cabe pacto en contrario y el acreedor puede aceptar como pago cualquier otra prestación.

No encontramos referencia alguna a la entrega de títulos valores con efecto de pago, ni la regla del "perjuicio" del título valor.

(12) "3. Pago de la deuda con títulos de crédito. Surge este problema respecto de la novación: ¿Los títulos de crédito que se dan para cubrir el importe de un crédito implican la existencia de un convenio novatorio? El problema se resuelve, a juicio del maestro Gutiérrez y González, con el artículo 7 de la Ley General de Títulos y Operacio- nes de Crédito, al decir: 'Los títulos de crédito dados en pago se presumen recibidos bajo la condición salvo buen cobro'. Esto quiere decir que si se entrega un título de crédito no se extingue la primera obligación, porque el documento cambiario no surte efecto de pago, sino hasta que su importe es pagado". FERNÁNDEZ DE CASTRO, Pablo. *Novación objetiva y el pago de deudas con títulos de crédito.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcivil0031.htm.

(13) Es interesante ilustrar que "Gläubiger" en este contexto es acreedor, pero también significa "creyente" o sea aquel que ha confiado y ha creído que el deudor cumplirá la prestación y por ello le ha dado crédito.

Por su parte, los títulos valores están comprendidos dentro del Derecho Comercial *(Handelsrecht)* y tenemos las siguientes normas:

a. *Wechselgesetz,* Ley del 21.6.1933 (RGBl. S. 399) y modificada por Ley del 23.7.2002 (BGBl. I S. 2850) vigente a partir del 1.8.2002.

b. *Scheckgesetz,* Ley del 14.8.1933 (RGBl. S. 597), modificada por Ley del 23.7.2002 (BGBl. I S. 2850) vigente a partir del 1.8.2002.

En lo que se refiere al pagaré[14] (*Schuldschein*) este no es un título valor.

A manera de comentario final debemos señalar que es un largo tiempo de ineficacia de la "regla del título valor perjudicado", a pesar que su finalidad es preservar el principio de conservación que corresponde a un tenedor de un título valor; sin embargo, como toda disposición legal es producto de su tiempo, y ya debería suprimirse del artículo comentado. La regla del "título valor perjudicado" solo es útil para la investigación porque constituye una gran "zona gris entre el derecho civil y el derecho cambiario" que presenta muchos problemas e hipotesis, pero que en la práctica no se aplica para la extinción de la obligación originaria. En todo lo relativo a los títulos valores y sus efectos deberíamos recurrir a la disposición especial contenida en la Ley de Títulos Valores.

DOCTRINA

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades, primera edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998; BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo; CASTELLARES AGUILAR, Rolando, Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores, Gaceta Jurídica, segunda edición, Lima, octubre, 2002; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, La Reforma del Derecho de Obligaciones en el Código Civil de 1984, propuesta de reforma al Libro VI del Código Civil, exposición de motivos y propuestas, Editorial Jurídica, Lima, 2000; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, El pago con títulos valores (a propósito del artículo 1233 del Nuevo Código Civil, Separata de "Para leer el Código Civil", volumen I, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Biblioteca Para leer el Código Civil, volumen X, tomo I, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996. FLORES POLO, Pedro. Diccionario de Términos Jurídicos, volumen 3, segunda edición, Marsol Perú Editores, 1987;LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano (Derecho de Obligaciones, tomo II), Lima, 1939; MACCHIAVELLO CASABONNE, Gianna María. Pago con Títulos Valores, Tesis para optar el grado de Bachiller, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985; MONTOYA ALBERTI, Hernando. Nueva Ley de Títulos Valores, Editorial Gaceta Jurídica, primera edición, Lima, 2000; MONTOYA ALBERTI, Hernando. Comentario a la Ley de Títulos Valores, Editorial Gaceta Jurídica, segunda edición, Lima, julio, 2000; MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Títulos Valores, Editorial San Marcos, sexta edición, Lima, 2001; OSORIO RUIZ, Zaida. Jurisprudencia Comercial, Gaceta Jurídica, primera edición, abril, 2000; OSTERLING PARODI, Felipe. La controversia sobre las obligaciones naturales, en Derecho Civil Patrimonial, Alfredo Bullard /Gastón Fernández (Editores). Facultad de Derecho, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997; OSTERLING PARODI, Felipe. Tratado de Obligaciones, primera parte, tomo I, vol. XVI, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PINO CARPIO, Remigio. Ley N° 16587 sobre Títulos Valores, su estudio doctrinario, comentado y concordado, Lima, 1970; CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo VI, P-Q vigésima primera edición, Editorial

(14) Ein Schuldschein, auch als Schuldbrief oder Schuldurkunde bezeichnet, ist die vom Schuldner ausgestellte Urkunde, in der dieser eine Leistung verspricht.In der Praxis besteht diese meist in der Zahlung eines bestimmten Geldbetrags. Das Schulddokument wird vor allem zur Beweiserleichterung für den Gläubiger bei Zahlungsproblemen des Schuldners ausgestellt, da sie das Bestehen einer Schuld bestätigt. Nicht erforderlich ist hierbei die Angabe des Schuldgrunds. Der Schuldschein ist kein Wertpapier; der Besitz dieser Urkunde ist zur Geltendmachung des Rechts nicht erforderlich. Das Eigentum am Schuldschein steht dem Gläubiger zu. Bei Erfüllung der Verbindlichkeit kann der Schuldner neben der Quittung die Rückgabe des Schuldscheins verlan- gen. http:// www.zasterbox.de/bonitaet/Schuldschein-cms_248.html.

Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1979; DEL OLMO GARCÍA, Pedro. Pago de Tercero y Subrogación, Editorial Civitas, Madrid, 1998; GÓMEZ LEO, Osvaldo. Manual de Derecho Cambiario, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1990; PÉREZ SAN FRANCISCO, Loreno. (magistrado). Extracción, sustracción y destrucción de la letra de cambio, ponencia, serie: Civil, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial España, Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial de España (CD); CAUVI, Juan José y LAZARTE MOLINA, Jorge E. Los Efectos pro soluto y pro solvendo de la entrega de títulos valores, http:// www.payetreycauvi.com/ cauvi-lazarte.pdf; DICCIONARIO JURÍDICO OMEBA, Editorial Driskill S.A., tomo XX, Buenos Aires, 1982; MANUAL DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES, undécima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997; PROYECTOS Y ANTEPROYECTOS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1980. GUERRA CERRÓN, Jesús. El perjuicio del título valor, Diario Oficial El Peruano, página 28, 11-07-2000.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La entrega de títulos valores solo produce el efecto de pago cuando estos hayan sido pagados o realizados

[E]l artículo 1233 del Código Civil (...) regula la regla general que establece que la entrega de títulos valores solo produce el efecto de pago cuando estos hayan sido pagados o realizados y, como excepción, señala que la entrega de títulos valores produciría el efecto de pago cuando el acreedor por su culpa permita que un título valor se perjudique lo que admite pacto en contrario ***(Cas. N° 2425-2007-Lima).***

Una sociedad conyugal puede ser obligada a pagar un título valor

La parte recurrente sustenta la referida causal señalando que la citada norma no precisa que el pagaré deba ser emitido necesariamente por una persona jurídica a través de su representante, consignando su nombre y documento oficial de identidad, y que se señale el número de Registro Único de Contribuyente (RUC), pues, el emitente u obligado puede ser una persona natural o jurídica, como ocurre en el caso de autos, en el que los obligados son una sociedad conyugal, quienes han cumplido con indicar sus nombres, documentos de identidad y firmas, por tanto, la cambial cumple los requisitos legales para su ejecución ***(Cas. N° 11-2016-Ica).***

Los títulos valores entregados por un deudor como pago pueden haber sido aceptados por el mismo deudor o los que se hubiesen girado a su favor y posteriormente endosados

El artículo mil doscientos treinta y tres del Código Civil, regula uno de los mecanismos mediante los cuales se faculta al deudor para cumplir con las obligaciones a su cargo, la entrega de títulos valores en calidad de pago. El pago se entenderá realizado y, por tanto, la obligación extinguida, cuando el título valor hubiera sido pagado, o cuando el mismo se hubiera perjudicado por culpa del acreedor, esto es, por la persona que lo recibió en pago de la deuda mantenida, salvo que las partes hubieran pactado expresamente un efecto distinto (...) como puede advertirse (...), la sanción de extinción de la obligación primitiva por perjuicio del título por culpa imputable al acreedor que lo recibió en pago, no se refiere únicamente a aquellos títulos a cargo de terceros ajenos a la obligación primitiva mantenida entre el acreedor y el deudor, sino que también puede derivarse de títulos valores a cargo del propio deudor; en tal sentido, debe entenderse que los títulos valores entregados por un deudor como pago a su acreedor pueden ser aquellos aceptados por el propio deudor, como aquellos que este tuviera girado a su favor y entregado vía endoso a su acreedor, por lo que existe error en la interpretación de la norma material cuando la Sala Superior señala que la sanción o perjuicio (extinción de la obligación primitiva) solo afecta la acción cambiaria de regreso, cuando el título está a cargo de un tercero, pues dicha sanción también recae sobre títulos perjudicados a cargo del mismo deudor ***(Cas. N° 2388-2006-Lima).***

La no anotación de pago no nulifica el título valor

La falta de anotación de los pagos parciales en un título valor (...) no lo convierte en nulo, pues no se trata de un requisito esencial previsto por el numeral ciento veinte de la vigente Ley de Títulos Valores ***(Cas. N° 4760-2006-Lima).***

PLENOS JURISDICCIONALES NACIONALES

Perjuicio del título valor no extingue la obligación causal

Cuando se perjudica el título valor por culpa del acreedor, se extingue solo la acción cambiaria, quedando subsistente la obligación primitiva o acción causal, sin que sea relevante que el título perjudicado haya circulado o no, conforme a los artículos 1 y 94.3 de la Ley de Títulos Valores N° 27287, no debiendo aplicarse lo dispuesto por el artículo 1233 del Código Civil estando al principio de especialidad ***(Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial 2008. Acuerdo 4).***

Principio nominalista

Artículo 1234.- ***El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado.***

Concordancias:
C.C. art. 1235; C.T. arts. 32, 35

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. La función del dinero

Vivimos en un mundo donde los recursos son escasos y las necesidades del hombre son ilimitadas. La escasez puede ser definida como: "la insuficiencia de los bienes y/o servicios disponibles para satisfacer todos los deseos y necesidades de los seres humanos"(1).

El hombre primitivo era autosuficiente y autárquico, debía producir por sí mismo lo suficiente para su propio consumo, como señala De Trazegnies: "Dentro de sociedades más simples y primitivas, muchas de las necesidades pueden ser satisfechas a través de una economía de autoconsumo y, en ese caso, el hombre es bastante autárquico, es relativamente independiente de los demás hombres"(2).

El hombre moderno se concentra en la producción de un solo bien o quizá de unos cuantos bienes. El hecho de concentrarse en la producción de un solo bien o de unos cuantos bienes se denomina especialización.

Cada persona tiene diferentes habilidades. Lo que una persona realiza fácilmente, a otra le parece difícil; de acuerdo con Parkin, se dice que: "una persona tiene ventaja comparativa en la producción de un bien en particular si esa persona puede producir el bien a un costo de oportunidad menor que cualquier otra"(3).

Al especializarse en la producción de aquellos bienes y servicios en los que se tienen ventajas comparativas, se hace indispensable el intercambio de bienes y servicios entre las personas. Si *Primus* tiene ventaja comparativa en la producción de maíz, dedicará todo su tiempo al cultivo del maíz. Si *Secundus* tiene ventaja comparativa en la producción de tela, dedicará su tiempo a la producción de tela. Obviamente, *Primus* y *Secundus* producirán más maíz y tela que si cada uno se preocupara de sus propias necesidades (produciendo cada uno algo de maíz y algo de tela). *Primus* y *Secundus* deberán intercambiar sus bienes para poder satisfacer sus mutuas necesidades respecto de los bienes que no producen.

Para la sociedad moderna el intercambio es fundamental. Como apunta De Trazegnies: "En la sociedad moderna las necesidades individuales se satisfacen a través del mercado y el mercado es inconcebible sin referencia al conjunto, sin referencia a la sociedad toda, porque no consiste en otra cosa que en un intercambio generalizado de bienes y servicios"(4).

(1) *Economía para todos*. Editorial Bruño e Instituto Apoyo, Lima, 1997, p. 58.
(2) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "Marco institucional: tarea indispensable de la sociedad civil y el gobierno". En: XXXIII Conferencia Anual de Ejecutivos. CADE 95. "Perú empresa, hacia una sociedad para el crecimiento". Cuzco 1-4, noviembre de 1995. Organizado por IPAE, Lima-Perú, p. 346. En el mismo sentido: MUNDELL, Robert. *El hombre y la economía*. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1972, p. 19.
(3) PARKIN, Michael. *Microeconomía*. Addison-Wesley Iberoamericana, Wilmington, 1995, p. 64.
(4) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Ob. cit., p. 346.

En otras palabras, en la sociedad moderna, cada individuo no produce directamente lo que consume sino que produce un bien o servicio que otros necesitan, para intercambiarlo por lo que él necesita.

En la sociedad moderna se establece una estructura basada en relaciones de intercambio, a través de las cuales se busca la satisfacción de las necesidades mediante la cooperación ajena.

A medida que progresan las culturas y se diversifican los bienes que producen los distintos grupos humanos, surge la necesidad de obtener bienes que algunos otros grupos tienen y otros carecen. Se comienza así a establecerse relaciones de intercambio con otros grupos. De esta manera, aparece el trueque "no solamente de una cosa por otra (el viejo *do ut des* de los romanos), sino también de cosas por servicios, o incluso intercambio de servicios (es decir, el resto de los contratos que los romanos llamaron innominados: *do ut facias, facio ut facias,* y *facio ut des)*"(5).

Sin embargo, estos intercambios son extremadamente complejos. Así, por ejemplo, si *Primus* produce camotes y necesita arroz, tendrá que buscar a quien esté dispuesto a cambiar arroz por camote, o, en todo caso, tendrá que realizar una compleja secuencia de permutas, en el transcurso de la cual tendría que intercambiar bienes respecto de los cuales no tiene un interés inmediato(6).

La organización actual de la producción se basa en el principio de especialización(7) y, para que funcione el sistema, es necesaria una economía de cambio. El dinero facilita el intercambio y, por ende, la especialización, dado que constituye un medio de pago de aceptación general(8).

El dinero es un instrumento que permite reducir los costos de transacción. En una sociedad donde existe el dinero, un agricultor, por ejemplo, vendería su producción de maíz a cambio de dinero, con el cual podrá adquirir alimentos, vestidos, maquinaria, etc. En una sociedad sin dinero, ese mismo agricultor tendría que realizar una compleja secuencia de permutas. Como señala Bowles: "El costo de tales negociaciones con otros compradores y vendedores será generalmente más elevado respecto a aquel de una contratación en moneda". Más adelante, el mismo autor agrega: "En las economías de mercado, los bienes y los servicios son generalmente (también si no necesariamente) intercambiados con dinero, el cual representa un genérico poder de adquisición. El dinero es un instrumento que permite a los operadores comerciales de minimizar el número de las operaciones contractuales a través de las cuales deben proceder en pasar de una inicial dotación de bienes o servicios a alguna solución final preferida"(9).

Otro problema que se presenta en una economía de trueque es el determinar, al realizar una transacción, cuántas unidades de cierto bien son necesarias para ser intercambiadas por

(5) MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "La ley de convertibilidad: determinación del precio y cláusulas de estabilización". En: *Convertibilidad del austral. Estudios jurídicos.* Cuarta serie. Zavalía Editor, Buenos Aires, 1991, p. 183.

(6) Así, si Secundus tiene arroz pero quiere papas, Primus deberá iniciar una serie de permutas con diferentes personas hasta conseguir las papas necesarias para recibir arroz.

(7) La eficiencia en la producción requiere la especialización, es decir que cada bien sea producido por el productor de costo más bajo.

(8) Ver al respecto CHANDLER, Lester. *Introducción a la teoría monetaria.* Fondo de Cultura Económica. 9ª reimpresión, México, 1981. Además, NEWLYN, W.T. y BOOTLE. R.P. *Teoría monetaria.* 3ª edición. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

(9) BOWLES, Roger. *Diritto e Economia.* Il Mulino, Bologna, 1985, p. 198.

determinada cantidad de unidades de otro bien; es decir, por ejemplo, ¿cuántos kg de camotes se deben entregar a cambio de 10 kg de arroz?

Esto hace necesaria la existencia de un bien que sirva de unidad de cuenta, así "(...) el bien elegido se convierte en un común denominador o medida común de valor, en términos del cual estimamos los valores de los otros bienes, de tal manera que sus valores se vuelven capaces de la más fácil comparación"[10]. El dinero permite expresar todos los precios en una misma unidad.

2. Tipos de dinero a través de la historia y las propiedades deseables del dinero

El dinero como medio de cambio apareció por primera vez en la historia del hombre en forma de mercancías (dinero-mercancía), de muy diversos tipos: ganado, tabaco, vino, oro, plata, esclavos, etc. La era del dinero-mercancía deja paso a la del dinero-papel.

El tránsito del dinero-mercancía al dinero-papel encuentra su explicación en las propiedades del dinero:

a) Portabilidad.- El dinero debe ser fácilmente portable.

b) Durabilidad.- El dinero que no sea durable pierde su valor como moneda (los soldados romanos recibían su pago en sal, por ello se habla de salario).

c) Divisibilidad.- El dinero debe ser fácilmente divisible en partes iguales para permitir la compra de unidades más pequeñas.

d) Uniformidad.- Para ser útil, el dinero debe ser estandarizado. Sus unidades deben ser de igual calidad y sin que existan diferencias físicas entre sí.

e) Reconocimiento.- El dinero debe ser fácilmente reconocible.

En las sociedades modernas el dinero comúnmente se compone de monedas y papel moneda, los cuales poseen las cinco propiedades.

3. Valor del dinero

En la moneda deben distinguirse tres clases de valores[11]:

a) Valor nominal o legal.- Valor del dinero de acuerdo con lo que indica la ley de emisión.

b) Valor de cambio.- Valor que tiene el dinero de acuerdo con su poder de compra.

c) Valor intrínseco.- Es el valor de mercado del material de que está hecho el dinero (ejemplo, papel, tinta, etc.).

4. Obligaciones en moneda nacional y en moneda extranjera

De acuerdo con el Código Civil peruano, pueden concertarse obligaciones en moneda nacional o en monedas extranjeras no prohibidas por leyes especiales.

(10) FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. *Dinero, precios y tipo de cambio.* Centro de Investigación, Universidad del Pacífico, Lima, 1993, p. 56.

(11) En este punto seguiremos a MANRIQUE SILVA, Juan. *Introducción a la Economía.* 4ª edición, Universidad de Lima, Lima, 1994, p. 227.

5. Obligaciones en moneda nacional

Es moneda nacional aquella que tiene curso legal y curso forzoso en el Perú. Es decir, el sol de acuerdo a la Ley N° 25295 del 31/12/90, modificada por la Ley N° 30381 del 14/12/2015.

Curso legal.- El curso legal de una moneda obliga a su aceptación como medio de pago de las obligaciones en el país.

Curso forzoso.- El curso forzoso de una moneda no permite la conversión por su equivalente metálico. 6. El principio nominalista

Es la base del sistema económico y establece que en las obligaciones de dinero, el deudor cumple entregando la misma moneda en su valor nominal originalmente pactado por las partes.

El nominalismo no toma en cuenta que el valor del dinero (valor adquisitivo) cambia en el tiempo: se reduce como consecuencia de la inflación y aumenta como consecuencia de la deflación.

La inflación puede ser definida como el aumento general y sostenido de los precios con la consecuente pérdida del valor adquisitivo del dinero. Se trata de un fenómeno de orden económico que provoca la depreciación del signo monetario y, como señala Zannoni, "el derecho solo puede formular propuestas de coyuntura actuando sobre los efectos del fenómeno; sus causas, que es lo fundamental, solo podrán revertirse por una adecuada política económica..."[12].

La inflación, en un contexto de oferta y demanda, es el resultado de un exceso de oferta en el sector monetario[13]. Esto genera la pérdida del valor adquisitivo[14] del dinero, de tal manera que lo que hoy puedo comprar con un sol (S/. 1.00), mañana necesitaré mayor cantidad de soles para adquirirlo.

En otras palabras, en épocas de inflación y mediando un considerable lapso entre la celebración del contrato y el pago, "el acreedor percibirá una suma que representará un poder adquisitivo menor al que esa misma suma –nominal– tenía al concluirse el negocio"[15].

Cuando rige el principio nominalista en épocas de inflación, y mediando un considerable lapso entre la celebración del contrato y el pago, el dinero puede perder valor adquisitivo[16] y el riesgo de este fenómeno lo asume el acreedor, quien recibirá el mismo valor nominal pactado pero menor valor adquisitivo.

La deflación puede ser definida como el descenso del nivel general de precios en una economía, en tal sentido se genera un aumento del valor adquisitivo del dinero.

(12) ZANNONI, Eduardo. *Revaluación de obligaciones dinerarias ("indexación")*. Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 7.

(13) Los monetaristas consideran que la causa básica de la inflación se encuentra en un aumento de la masa monetaria ("inflación por demanda"). Por otro lado, está el enfoque de "inflación por costos", que atribuye las causas de la inflación a perturbaciones no monetarias. Por último, aparece el enfoque "estructuralista" (FERNÁNDEZ BACA, Jorge. Ob. cit., p. 270).

(14) Se entiende por depreciación monetaria la disminución del valor de un bien o de una moneda. El término desvalorización, en cambio, se reserva para designar la pérdida del valor de una moneda respecto de las monedas extranjeras: la variación del tipo de cambio.

(15) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit, p. 21.

(16) A la pérdida del valor adquisitivo del dinero se le denomina depreciación.

Cuando rige el principio nominalista en épocas de deflación, y mediando un considerable lapso entre la celebración del contrato y el pago, el dinero puede ganar valor adquisitivo y el riesgo de este fenómeno lo asume el deudor, quien entregará el mismo valor nominal pactado, pero mayor valor adquisitivo.

En tal sentido, podemos decir que el riesgo de las obligaciones en moneda nacional cuyo pago se efectuará de manera diferida (mientras mayor es el plazo, mayor el riesgo) es la variación de su poder de compra (valor adquisitivo): aumento o depreciación.

Veamos un ejemplo. *Primus* se obliga a pagar a *Secundus* S/. 100 en un año. Al momento de contraer la obligación con S/. 100 se pueden comprar 10 kg de arroz (1 kg de arroz cuesta S/. 10). Dentro de un año, supongamos que 1 kg de arroz cuesta S/. 15. De acuerdo con el principio nominal, *Primus* deberá entregar a *Secundus* S/. 100, pero esos S/. 100 solo podrán comprar 6.66 kg de arroz. Esos S/. 100 tienen, a la fecha de pago, un valor adquisitivo menor al que tenían al momento de contraer la obligación.

DOCTRINA

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Marco institucional: tarea indispensable de la sociedad civil y el gobierno. En: XXXIII Conferencia Anual de Ejecutivos, CADE 95. Perú empresa, hacia una sociedad para el crecimiento. IPAE, Cuzco, 1-4 de noviembre de 1995; MUNDELL, Robert. El hombre y la economía. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1972; PARKIN, Michael. Microeconomía. Addison-Wesley Iberoamericana S.A., Wilmington, 1995; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La ley de convertibilidad: determinación del precio y cláusulas de estabilización. En: Convertibilidad del austral. Estudios jurídicos. Cuarta serie. Zavalía, Buenos Aires, 1991; CHANDLER, Lester. Introducción a la teoría monetaria. Fondo de Cultura Económica, México, 1981; NEWLYN, W.T. y BOOTLE, R.P. Teoría monetaria. Fondo de Cultura Económica, México, 1984; BOWLES, Roger. Diritto e Economia. Il Mulino, Bologna, 1985; FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Dinero, precios y tipo de cambio. Centro de Investigación, Universidad del Pacífico, Lima, 1993; MANRIQUE SILVA, Juan. Introducción a la Economía. Universidad de Lima, Lima, 1994; ZANNONI, Eduardo. Revaluación de obligaciones dinerarias. Indexación. Astrea, Buenos Aires, 1977.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción de la teoría nominalista

Sobre la teoría nominalista, es la teoría que se contrapone a la valorista pues tiene que ver con la naturaleza del dinero y con un principio de derecho Publico Positivo, se considera por su naturaleza del dinero que la moneda no tiene el valor económico independiente, pues su valor reside en el hecho de que su provisión es limitada y la facultad de imprimirla es propia del Gobierno o del banco debidamente autorizado. Tiene una cualidad representativa y su valor depende de lo que represente el resultado del balance entre medios de pago y su activo del estado. Este sistema presupone una inalterabilidad del valor de la moneda, ya sea intrínseca, sea poder adquisitivo con referencia a bienes y servicios, o bien, extrínseca, sea paridad de cambio con relación a moneda extranjera; bajo esta teoría "una unidad de moneda" o sea un billete lleva la inscripción de su valor, será siempre igual a otro que sea de su misma naturaleza y calidad; el cual se puede intercambiar libremente sin que se tome en cuenta la fecha de su emisión, o sea que no se toma en cuenta la alteración interna que el valor de dicha moneda pueda efectivamente sufrir, de manera que se cumpla la obligación contraída pagando la suma nominal. ***(Cas. N° 1632-2006-Lima)***

La teoría nominalista únicamente se aplica en obligaciones consensuales

{D}ebe desestimarse la denuncia de infracción normativa del artículo 1234 del Código Civil que recoge el principio nominalista del pago de las obligaciones; primero, porque se encuentra determinado en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 022-196-I/TC, que no corresponde aplicar el principio nominalista a la forma de pago de los bonos de la deuda agraria y, segundo, porque tampoco resulta de aplicación al verificarse que la citada norma hace referencia "al monto nominal originalmente pactado" haciendo alusión a las obligaciones derivadas de un acuerdo entre las partes, supuesto diferente al caso de autos en la que los bonos de la deuda agraria han sido aceptados con carácter obligatorio como indemnización justipreciada conforme lo estableció el artículo 29 de la Constitución Política de mil novecientos treinta y tres, modificado por Ley N° 15242 ***(Cas. N° 12788-2014-Lima).***

Principio valorista

Artículo 1235.- *No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.*

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

Concordancias:
C.C. arts. 1234, 1546, 1930; C.T. arts. 32, 35; LEY 26702 art. 240

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

1. El principio valorista

Como se ha visto al comentar el artículo 1234 del Código Civil, el nominalismo no toma en consideración el valor adquisitivo de la moneda.

El principio valorista pone énfasis en el valor adquisitivo de la moneda, por tanto, a través de él, se trata de mantener constante, ya no el valor nominal, sino el valor adquisitivo.

De acuerdo con Hirschberg, el valorismo sostiene que "la extensión de las obligaciones dinerarias no está determinada por una suma nominal de unidades monetarias, sino por el valor de estas"[1].

El principio valorista puede ser adoptado mediante la previsión de cláusulas de estabilización, a través de las cuales las partes acuerdan que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

Como puede apreciarse, para adoptar el principio valorista las partes deben establecer de común acuerdo valores de referencia. Estos pueden ser:

a) Cláusulas mercancía.

b) Cláusulas valor moneda extranjera.

c) Índices de reajuste automático.

d) Fórmulas polinómicas.

a) Cláusulas mercancía.- Se utilizan como referencia un determinado número de unidades de diversos productos en el mercado, como por ejemplo, el oro. La cláusula "valor" oro sirve como término de referencia y medida de valor para determinar la suma de dinero con que ha de ejecutarse la prestación. Es decir, "el *quantum* de la deuda depende del valor del oro, y el deudor deberá entregar tantos signos

(1) HIRSCHBERG, Eliyahu. *El principio nominalista*. Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 81.

monetarios cuantos sean necesarios para adquirir ese valor oro estipulado, y si bien la deuda se liquidará en moneda de curso legal, su monto variará según las oscilaciones que experimente el patrón oro elegido"[2].

Ejemplo: debo pagar S/. 100.00 dentro de 30 días. Hoy con esos S/. 100.00 puedo comprar 50 onzas de oro (1 onza cuesta S/. 2.00). Si dentro de 30 días 1 onza cuesta S/. 3.00 deberé pagar S/. 150.00 que es la suma que me permite comprar 50 onzas.

b) **Cláusulas valor moneda extranjera.-** Siguen el mismo criterio de la anterior; la diferencia es que se hace referencia a una moneda extranjera (normalmente el dólar de los Estados Unidos de América), para lo cual se utiliza el tipo de cambio de dicha moneda al momento de contraer la obligación y al momento del pago.

Ejemplo: debo pagar S/. 100.00 dentro de 30 días. Hoy con esos S/. 100.00 puedo comprar US$ 50.00 (1 dólar cuesta S/. 2.00). Si dentro de 30 días 1 dólar americano cuesta S/. 3.00 deberé pagar S/. 150.00 que es la suma que me permite comprar US$ 50.00.

c) **Cláusulas de reajuste automático.-** También se denominan "cláusulas de escala móvil" o "cláusulas índices" ("indexación"). Los índices pueden estar referidos a precios al consumidor, precios al por mayor o detalle. Ellos se utilizan para comparar precios de bienes y servicios en diferentes periodos de tiempo, y en casi todos los países existen agencias oficiales que se encargan de la confección de las tablas respectivas.

Las cláusulas índices de precios miden las variaciones en el poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, a diferencia de lo que ocurre con las cláusulas mercancías y moneda extranjera que dependen del mercado internacional.

La escala móvil debe cumplir los siguientes requisitos de forma:

1) Que expresamente las partes acuerden que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático.

2) Indicación del índice o índices que se aplicarán en forma automática a efectos del reajuste de la obligación. Pueden ser utilizados:

   a) El índice general de precios al consumidor[3];

   b) El índice de precios al consumidor[4],

   c) El índice de precios al por mayor[5].

(2) GURFENKIL DE WENDY, Lilian. *Depreciación monetaria. Revaluación de deudas dinerarias.* 2ª edición. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 166.

(3) Son indicadores o cifras que miden la subida o disminución de precios de un conjunto de bienes y servicios que se consideran representativos del mercado. Para su confección se toman diversas muestras de casi todos los bienes y servicios, tales como alimentos, muebles, vestido, materiales de construcción, medicinas, servicios de transporte, educación, etc. A cada uno se le asigna un coeficiente o peso dentro del conglomerado total y entonces recién es factible hallar el índice general de precios en un período determinado.

(4) Los índices son indicadores o cifras que revelan la subida o disminución de precio que sufre un producto o un servicio entre un periodo y otro.

(5) Es la variación de precios de grandes volúmenes de productos o bienes que se trasladan del productor al mayorista o distribuidor.

3) Mención del instituto elaborador del índice elegido como parámetro. Si bien el artículo 1235 hace referencia a los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú, creemos, sin embargo, que podrían utilizarse otros índices, como por ejemplo, el índice general de precios al consumidor del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

4) Período de referencia que se tomará en cuenta para el ajuste.

5) En las obligaciones a largo plazo conviene, además, efectuar la previsión correspondiente a la falta o desaparición del índice elegido.

d) **Fórmulas polinómicas.-** Se utilizan cuando se trata de precios o costos. Así, por ejemplo, el precio de una tonelada de cemento está en función de precio de la piedra caliza, del yeso y del mismo proceso de producción. En tal sentido, se debe establecer el peso relativo de cada uno de esos componentes, para determinar el precio que debería alcanzar la tonelada de cemento en un determinado periodo.

2. Fecha del valor de referencia

De acuerdo con el artículo 1235, el pago de las deudas sujetas a cláusulas de reajuste se efectuará en moneda nacional, en monto al valor de referencia, "al día del vencimiento de la obligación".

Si bien es cierto que lo normal debería ser que la "fecha de vencimiento" coincida con la "fecha de pago", lo cierto es que si media retardo en la ejecución de la prestación, la "fecha de vencimiento" no coincidirá con la "fecha de pago".

El último párrafo del artículo 1235 del Código Civil establece que si el deudor retardara el pago, el acreedor podría exigir, alternativamente a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia:

a) al día del vencimiento de la obligación; o,

b) al día en que se efectúe el pago.

Como una cuestión inicial, cabe preguntarse si basta el simple retardo o si es necesaria la constitución en mora para la aplicación del último párrafo bajo comentario.

La doctrina clásica ha considerado que el simple retardo no produce efectos jurídicos; sin embargo, nosotros creemos que ello no es así. En tal sentido, Moisset de Espanés señala "(...) un análisis detenido del problema nos ha llevado a la conclusión de que no solamente la 'mora' produce efectos jurídicos, sino que también el retardo no culpable –que técnicamente no es 'mora'– genera casi siempre consecuencias que van a incidir en la vida de la relación jurídica (...)"(6).

Si tenemos en cuenta que el último párrafo del artículo 1237 del Código Civil se refiere a "retardo", deberíamos concluir que dicho artículo se aplicará con el simple retardo sin necesidad que el deudor sea constituido en mora.

(6) MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "Efectos de simple retardo". En: *Ius et Praxis*. N° 15, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Lima, junio, 1990, p. 26.

Resulta, sin embargo, discutible la solución brindada por el legislador, quien la justifica diciendo: "El propósito de la norma es evitar que el retraso en el pago de la obligación por el deudor, origine perjuicios al acreedor. Por ello se le autoriza a que opte por la alternativa propuesta"(7). En efecto, si la idea del legislador es que sea una suerte de "indemnización" por el retardo, ello solo sería posible en caso de mora (retardo pero calificado).

Las cláusulas de estabilización tienen por objeto mantener constante el valor adquisitivo desde el momento en que se contrae la obligación **hasta el momento del pago.** Nuestro Código en cambio establece el valor de referencia al "día del vencimiento" de la obligación, dejando abierta la posibilidad de una nueva variación entre ese momento y el pago.

En realidad no se debió incluir este último párrafo. Bastaría con haberse señalado en el segundo párrafo que el valor de referencia es el "día del pago", así poco importaría si es un pago puntual o tardío. Lo importante es que el acreedor reciba el mismo valor adquisitivo al que se obligaron las partes.

En tal sentido, si el acreedor recibe un pago tardío está recibiendo el valor constante; es decir, lo que debía recibir, no hay ningún perjuicio. En cambio, si, por ejemplo, el valor de referencia del día del vencimiento es mayor al del día del pago, el acreedor recibe un valor adquisitivo mayor. Veamos un ejemplo. *Primus* se obliga a entregar a *Secundus* una cantidad X de soles que a la fecha de constitución de la relación obligatoria permite comprar 10 kg. de arroz. En la fecha de vencimiento 1 kg. de arroz cuesta S/. 10, por tanto, para comprar 10 kg. de arroz se requiere S/. 100. Imaginemos ahora que en la fecha de pago 1 kg. de arroz cuesta S/. 5, en tal sentido, se requieren S/. 50 para comprar 10 kg. de arroz. Si el acreedor opta, como sería lo lógico, por el valor de referencia del día del vencimiento, recibirá S/. 100 que ya no le permitirá comprar 10 kg de arroz sino el doble, cuando se trataba de mantener constate el valor adquisitivo.

Se argumenta, como ya se dijo, que el acreedor sufre un perjuicio por no recibir el pago puntual, pero este no es un problema generado por la depreciación, sino por la demora en el pago, en la medida en que se haya producido la constitución en mora del deudor (ya no el simple retardo), pero en tal caso, de acuerdo con los artículos 1242 y 1324 del Código Civil, el perjuicio por la demora será reparado a través del interés moratorio.

3. Nominalismo y valorismo como asignación de riesgos

Como ya se ha mencionado, el riesgo en las obligaciones en moneda nacional es la variación del valor adquisitivo. Este riesgo será asignado al acreedor o al deudor. Veamos:

a) Si se aplica el principio nominal (artículo 1234 del Código Civil) y se produce una depreciación, el riesgo es del acreedor pues recibe el mismo valor nominal pero con un menor valor adquisitivo.

b) Si se aplica el principio nominal (artículo 1234 del Código Civil) y se produce un aumento de valor, el riesgo es del deudor pues debe pagar el mismo valor nominal con mayor valor adquisitivo.

c) Si se aplica el principio valorista (artículo 1235 del Código Civil) y se produce una depreciación, el riesgo es del deudor pues deberá pagar un mayor valor nominal.

(7) OSTERLING PARODI, Felipe. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios.* Tomo V. Compiladora: Delia REVOREDO. Okura, Lima, 1985, p. 388.

d) Si se aplica el principio valorista (artículo 1235 del Código Civil) y se produce un aumento de valor, el riesgo es del acreedor pues recibirá un menor valor nominal.

DOCTRINA

HIRSCHBERG, Eliyahu. El principio nominalista. Depalma, Buenos Aires, 1976; GURFENKIL DE WENDY, Lilian. Depreciación monetaria. Revaluación de deudas dinerarias. Depalma, Buenos Aires, 1977; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Efectos del simple retardo. En: Ius et Praxis N° 15. Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, junio 1990; OSTERLING PARODI, Felipe; con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exposición de Motivos del Libro de Obligaciones del Código Civil. En: Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Compiladora: REVOREDO DE DEBACKEY, Delia. Okura, Lima, 1985.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La cláusula valorista en las deudas pensionarias

{L}a deuda pensionaria como manifestación material del derecho a la pensión debe ser entendida corno el goce de una prestación con valor adquisitivo adecuado con la moneda vigente, pues desconocer la naturaleza valorista de una deuda pensionaria implica una forma de menoscabo a la dignidad humana de la persona de la tercera edad, en su forma más básica como lo es la manutención propia (STC Exp. N° 02214-2014-PA/TC-Lambayeque, f.j. 7 del voto singular del magistrado Blume Fortini).

CORTE SUPREMA

La operatividad de la teoría valorista

Sobre la teoría valorista, al respecto la doctrina alemana refiriéndose a la deuda pecuniaria, refiere que, no se dirige a la prestación de determinadas monedas ni siquiera a la prestación de una cantidad de determinadas especies monetarias, sino que el objeto de la deuda pecuniaria es más bien el valor de la cantidad debida: las deudas pecuniarias son deudas de valor. De aquí derivan varias consecuencias: a) el que promete una cantidad de tantos o cuantos marcos o coronas, no promete pagar precisamente en piezas de a marco, en piezas de la corona, sino que solo quiere deber y debe el valor de la cantidad prometida, teniendo que pagar este valor, como es natural en dinero, dicha doctrina es más drástica aún, pues indica que b) si se ha estipulado que una deuda pecuniaria se pague en una determinada especie, como se hace con frecuencia añadiendo la palabra "efectivo", a la denominación de la especie pecuniaria, deberá interpretarse, sin embargo, únicamente como un convenio accesorio sobre el modo del pago, siempre y cuando no se haya manifestado patentemente que la voluntad de las partes tenía otro sentido. Así, pues, el objeto de la deuda es, a pesar de todo, el valor de la cantidad (Cas. N° 132-2006-Lima).

Principio de equivalencia en las obligaciones de valor

{A}l haberse establecido que la finalidad de la deuda es el reembolso de una deuda de valor, es razonable que para mantener el mismo deberá primar el principio de equivalencia, para lo cual el acreedor tiene una serie de alternativas para combatir el nominalismo riguroso –moneda– que dominaba en la época en que se originó la obligación, siendo una de ellas el disponer de un antecedente que sirva de medida a la obligación del deudor y al efecto, la referencia más socorrida es la de una moneda extranjera estable o que el acreedor la tenga como tal (Cas. N° 1632-2006-Lima).

La aplicación de la teoría valorista debe encontrarse concertada por las partes

La actualización y el monto de la hipoteca no encuentra amparo en la ley, pues si bien el artículo 1235 del Código Civil regula el tema de la teoría valorista, respecto al reajuste del monto de una deuda, a fin de mantener su valor constante, sin embargo, ello debe ser objeto de acuerdo, el que no existe en autos y además se refiere únicamente a las obligaciones o pago de deudas y no a hipotecas (Cas. N° 599-2001-San Román).

La deuda agraria se paga atendiendo a la teoría valorista

Bonos de la deuda agraria representan un medio de pago de la indemnización justipreciada, la forma de cancelación no debe ser efectuada por su valor nominal, conforme se encontraba establecido en el Decreto Ley N° 17716 - Ley de la Reforma Agraria, sino bajo el criterio valorista por el cual dichos valores representan el valor por el cual fueron emitidos, como lo preceptúa el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 022-1996-PI/TC, criterio ratificado en el Expediente N° 0009-2004-PI/TC, por cuanto debido al proceso inflacionario y al cambio de moneda de curso legal ya no representan el mismo valor por el cual fueron emitidos. Decisión que también, se encuentra recogida en la Casación N° 2755-2001-Lima (Cas. N° 12788-2014-Lima).

Cálculo del valor del pago

Artículo 1236.- *Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquel se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.(*)*

Concordancias:
C.C. arts. 1235, 1661, 1662, 1750; C.P.C. art. 676

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

Hace algunos años, se generaron problemas con respecto a los montos indemnizatorios conferidos a las víctimas en los procesos judiciales que, debido al proceso inflacionario se veían reducidos a montos ridículos e indignantes que no lograban cumplir ni con la función resarcitoria ni con la desincentivadora, propias de un sistema de responsabilidad(1).

Cabe recalcar que, si bien el artículo 1235 del Código Civil permitía a las partes prever cláusulas de estabilización, no existían normas que permitieran a los jueces actualizar las pretensiones dinerarias.

En 1993, el Código Procesal Civil modificó el artículo 1236 del Código Civil en los siguientes términos:

> "Cuando por mandato de la ley o resolución judicial deba restituirse una pretensión o determinar su valor, este se calcula al que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.
>
> El juez, incluso durante el proceso de ejecución, está facultado para actualizar la pretensión dineraria, aplicando los criterios a que se refiere el artículo 1235 o cualquier otro índice de corrección que permita reajustar el monto de la obligación a valor constante. Para ello deberá tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, en resolución debidamente motivada.
>
> La actualización de valor es independiente de lo que se resuelva sobre intereses".

El primer párrafo del artículo transcrito comprendía dos situaciones:

a) Cuando por mandato de la ley o resolución judicial debía restituirse una prestación; o

b) Cuando por mandato de la ley o resolución judicial debía determinarse el valor de una prestación.

Respecto al literal a), debemos remarcar que no se refería a cualquier obligación restitutoria. Quedaban de lado las obligaciones restitutorias de bien cierto. Así, por ejemplo, si se hubiese resuelto judicialmente la compraventa de un automóvil, respecto a la devolución de este, el artículo 1236 no sería de aplicación. Al respecto, Castelblanco señala "Estas restituciones,

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 26598 del 24/04/1996.

(1) Hablamos en pasado no porque pensemos que el problema con los montos indemnizatorios haya cambiado; nos referimos al hecho de que con una inflación reducida, la función de mantener constante el valor adquisitivo se logra recurriendo a los intereses como mecanismo alternativo de reajuste.

por cuanto no involucran en manera alguna al signo monetario, no sufren alteración en la justicia que su cumplimiento pretende imponer, por causa de inflación"[2].

Estaban comprendidas en el artículo 1236 las obligaciones restitutorias del "valor" de una prestación, así, por ejemplo, en el caso del pago indebido señalado en el segundo párrafo del artículo 1270 del Código Civil.

En esta clase de obligaciones los cambios en el valor adquisitivo de la moneda que se operen antes de la determinación del *quantum* de la prestación, son totalmente irrelevantes, puesto que aún no se efectúa la medición del valor en unidades monetarias; recién a partir de ese momento queda determinado el *quantum* sujetándose al principio nominalista.

¿Estaban comprendidas las obligaciones restitutorias de dar sumas de dinero? Consideramos que no, puesto que en este supuesto rige el principio nominalista[3]. Así, en el ejemplo de la resolución de la compraventa del automóvil, debe devolverse el precio pagado, no un "valor" a determinarse.

En el literal b) se comprendían las llamadas "deudas de valor"; es decir, aquellas que se satisfacen mediante la entrega de dinero, pero que la cantidad se determinará recién al momento del pago "en la suma necesaria para satisfacer el "valor" debido"[4], entre ellas podemos citar, las de indemnización de daños y perjuicios, las de alimentos, etc.

En el caso de la indemnización de daños y perjuicios, por ejemplo, el juez debe **determinar** la cuantía del daño. Es cierto que el demandante pretende, normalmente, una suma de dinero, pero en realidad ella representa la estimación que aquel realiza de la cuantía del daño. Corresponde al juez en realidad la "determinación", basta entonces que lo calcule teniendo en cuenta el "valor" al día del pago. "No interesa el precio que tenía el automóvil en el momento en que fue destruido, pues ese 'precio' es un 'valor histórico'. Interesa –descartada obviamente la reparación en especie, *in natura*– cuál es el precio actual, pues este representa el valor patrimonial destruido"[5].

Así, se establece que en las "deudas de valor" (en puridad la obligación restitutoria de un valor es, también, una "deuda de valor") el valor debe ser calculado el día de pago. Esto porque en el momento de determinarse el valor se convierten en obligaciones determinadas, y es desde este momento en que las fluctuaciones del poder adquisitivo adquieren importancia.

El segundo párrafo, en cambio, no se refería a las deudas de valor, puesto que la incidencia de la inflación en esta clase de obligaciones se resuelve determinando el valor al día de pago.

El legislador hablaba de "pretensión dineraria"; es decir que se refería a las obligaciones dinerarias "determinadas", en cuyo caso el juez estaba facultado para actualizarlas, aplicando los criterios a que se refiere el artículo 1235 o cualquier otro índice de corrección que permitiera reajustar el monto de la obligación a valor constante, incluso durante el proceso de ejecución.

(2) CASTELBLANCO KOCH, Mauricio Javier. *Las obligaciones restitutorias del Código Civil y la inflación*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 46.

(3) Veremos más adelante que este tipo de obligaciones está comprendido en el segundo párrafo del artículo 1236.

(4) MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "La ley de convertibilidad, su estudio en el Congreso de la Nación". En: *Convertibilidad del austral*. Estudios Jurídicos. Tercera Serie. Zavalía Editor, Buenos Aires, 1991, p. 33.

(5) ZANNONI, Eduardo. "Época de la determinación del daño". En: *Temas de Responsabilidad Civil*. En honor al Dr. Augusto M. Morello. Librería Editora Platense, La Plata, 1981, pp. 105-106.

Cabe preguntarse si la norma autorizaba al juez para que, de oficio, actualizara la pretensión dineraria o si era necesaria una pretensión indexatoria.

Nosotros creemos que el juez no podía actualizar de oficio la pretensión dineraria. Como señala Monroy Gálvez; "el principio de congruencia judicial exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve"(6).

La norma admitía la actualización, incluso, durante el proceso de ejecución. Cabe preguntarse, también, si esto implicaba un detrimento de la cosa juzgada. Un sector de la doctrina argentina considera que ello no sucede. Así, Peyrano señala: "...reconocerle a toda sentencia relacionada de algún modo con la 'indexación', el calificativo de 'determinativa' y como tal sujeta a una especie de cláusula *rebus sic stantibus* que implica la mutabilidad de aquella (en lo que atañe al rubro *'desvalorización monetaria'*, claro está) tan pronto varíe el entorno socio-económico dentro del cual fue dictado"(7).

El tercer párrafo remarcaba las diferentes funciones que cumplen las cláusulas de reajuste y los intereses. Las primeras tienen como función mantener constante el valor adquisitivo del dinero y los segundos, compensar la privación del capital. En tal sentido, es perfectamente posible que las obligaciones sujetas a cláusulas de reajuste devengaran intereses.

No obstante, hay que tener presente que en la mayoría de las veces los intereses constituyen mecanismos alternativos de reajuste. Ello ocurre cuando la tasa de interés contiene una prima por depreciación (tasa de interés nominal); en tal sentido, cuando existe una obligación con cláusula de reajuste no podríamos aplicar una tasa de interés nominal, puesto que se reajustaría dos veces. Tendríamos que aplicar una tasa de interés real, es decir, sin prima de depreciación.

Por último, cabe señalar que aún habiendo sido derogado lo señalado en el último párrafo sigue siendo plenamente aplicable.

Texto actual

El artículo no comprende las obligaciones restitutorias de suma fija. Así, por ejemplo, en el caso de una resolución de contrato de compraventa en la restitución del precio pagado, no resulta de aplicación la norma bajo comentario; en este caso se trata de una obligación en moneda nacional sujeta al principio nominal.

Tampoco comprende los supuestos en que por mandato de la ley o resolución judicial, debe determinarse el valor de una prestación (ejemplo, indemnización de daños y perjuicios). Solo se refiere a los casos en los cuales debe restituirse el valor de una prestación como, por ejemplo, el de los artículos 1742 y 1270 del Código Civil.

DOCTRINA

CASTELBLANCO KOCH, Mauricio. Las obligaciones restitutorias del Código Civil y la inflación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La ley de convertibilidad, su estudio en el Congreso de la Nación. En: Convertibilidad del austral. Estudios jurídicos. Tercera serie. Zavalía, Buenos Aires, 1991; ZANNONI, Eduardo. Época de la determinación del daño. En: Temas de Responsabilidad Civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello. Librería Editora Platense, La Plata, 1981; MONROY GÁLVEZ,

(6) MONROY GALVEZ, Juan. "El aforismo iura novit curia y el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984". En: *Temas de proceso civil*. Studium, Lima, 1987, p. 222.

(7) PEYRANO, Jorge. *El proceso desindexatorio*. Hammurabi, Buenos Aires, 1982, p. 83.

Juan. El aforismo iura novit curia y el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984. En: Temas de proceso civil. Studium, Lima, 1987; PEYRANO, Jorge. El proceso desindexatorio. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1982; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La teoría valorista es aplicable a las deudas laborales

El artículo 1236 del Código Civil contiene una de las excepciones al principio nominalista aplicable a las obligaciones dinerarias previstas en el Código Civil, inclinándose por la teoría valorista, la misma que resulta aplicable a las deudas laborales en virtud a los principios tuitivos de carácter laboral y artículo 24 de la Constitución Política del Perú (Cas. N° 109-2014-Del Santa).

La inflación y la teoría valorista en el Código Civil

El vigente Código Civil, vista la experiencia nacional y mundial y el fenómeno inflacionario, recogió el principio valorista en el artículo 1236, hasta su texto actual, vigente por la Ley 26598 de fecha veinticuatro de abril de 1996. Hoy en día, el proceso inflacionario no tiene porque perjudicar al acreedor y beneficiar al deudor. En numerosas sentencias en casación, se ha establecido su aplicación a obligaciones dinerarias, por lo que no es exacto, como sostiene el recurrente que se aplique solo a deudas cuya prestación no es dinero, sino a un monto que requiere ser liquidado (Cas. N° 110-2006-Lima).

El valor de la cantidad debida es el objeto de la obligación

El cálculo de valor de una prestación no hace discriminación alguna entre obligaciones dinerarias, de dar, de hacer o no hacer, pues el objeto de la deuda es más bien el valor de la cantidad debida, la cual no está dada por el momento nominal de unidades de moneda sino por el valor que dicha moneda representa teniendo que pagar este valor (Cas. N° 1632-2006-Lima).

Pago en moneda extranjera

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

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

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día del pago. (*)

Concordancias:
C.C. art. 32, 35; LEY 27287 arts. 50, 68; D.LEG. 668 art. 5; D.S. 068-91-EF art. 1 y ss.

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA

El Decreto Ley Nº 25878, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de noviembre de 1992, modificó el artículo 1237 del Código Civil de 1984.

El texto original del artículo señalado establecía la posibilidad de concertar obligaciones en moneda extranjera, siempre que estas no estuvieran prohibidas por leyes especiales. Sin embargo, establecía en favor del deudor la facultad de liberarse pagando en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación. Esta facultad de sustitución en favor del deudor era una disposición de carácter imperativo, esto es que las partes no podían pactar en contrario.

El Decreto Ley Nº 25878 modificó precisamente este aspecto permitiendo que las partes puedan eliminar la facultad de sustitución a favor del deudor y, como consecuencia de ello, establecer que el pago deberá hacerse, necesariamente, en la moneda extranjera pactada.

1. Justificación del texto original del artículo 1237 del Código Civil

Debido al proceso hiperinflacionario que vivió el país, el legislador de 1984 se vio obligado a permitir a las partes establecer cláusulas de reajuste que les permitieran mantener constante el valor adquisitivo de la moneda.

Así, el artículo 1235 del Código Civil autoriza a las partes acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automáticos, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

Dicha norma permite, por ejemplo, que una deuda en moneda nacional sea referida a una moneda extranjera, normalmente el dólar norteamericano. A este acuerdo se le llama "cláusula valor moneda extranjera".

Pero también, de acuerdo con el artículo 1237 del Código Civil, se admitió la posibilidad de concertar obligaciones en moneda extranjera (en la práctica, es el dólar americano), concediéndole al deudor una facultad de sustitución, es decir, la facultad de liberarse

(*) Texto según modificatoria efectuada por el Decreto Ley Nº 25878 del 26/11/1992.

mediante el pago en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

Aparentemente, esta facultad se otorgaba como consecuencia lógica del curso legal de la moneda nacional; de tal manera que esta constituía el medio de pago de una obligación.

2. Justificación de la modificación del artículo 1237 del Código Civil: el proceso de dolarización

Permitir que las partes supriman la facultad de sustitución a favor del deudor es permitir que la moneda extranjera (el dólar norteamericano) se constituya como medio de pago.

Se busca, con la modificación, incentivar las transacciones en moneda extranjera y así se tiende hacia la dolarización de la economía(1).

Definiremos la dolarización como "el proceso de sustitución de la moneda nacional por el dólar americano, que se produce en una fase inflacionaria y en donde la moneda extranjera (en este caso el dólar) empieza a ser empleada de modo creciente como medio de pago, unidad de cuenta, reserva de valor y estándar de pago de deudas. Resumiendo y generalizando el fenómeno, decimos que la moneda no emitida en el país empieza a cumplir las funciones microeconómicas de la moneda emitida localmente"(2).

La dolarización se produce a consecuencia de una pérdida de confianza respecto de la moneda nacional, así "el proceso de dolarización se manifiesta cuando la tasa de devaluación esperada, ampliada por la remuneración de los depósitos en moneda extranjera, es mayor que la tasa de remuneración de depósitos de moneda nacional, y cuando adicionamos a este hecho una restricción: el proceso de sustitución monetaria se acelera cuando la tasa de remuneración de depósitos en moneda nacional no cubre el ritmo de inflación"(3).

Podemos señalar como puntos a favor de la dolarización los siguientes(4):

1) Se bajaría la inflación a niveles internacionales;

2) Se simplifica la contabilidad de las empresas;

3) Las tasas de interés, especialmente las activas, bajarían sustancialmente.

Sin embargo, se admite que la dolarización total de la economía puede traer serios problemas.

1) Se debilitaría el poder del Banco Central para hacer política monetaria contracíclica. Con ello se quiere decir "...que en una economía sin signo monetario nacional, la expansión que podría provenir de un período exitoso de exportaciones estaría acompañada por inflación, dado que el medio circulante en dólares crecería causando un exceso de demanda agregada. Si, en cambio se produce una crisis productiva nacional que obliga al crecimiento de las importaciones o un pánico que

(1) Evidentemente, para que se produzca un proceso de dolarización serán necesarias, como veremos, otras medidas.

(2) ARIZMENDI ECHECOPAR, Luis F. *Inflación, dolarización y crisis productiva*. Editor: Juan José Marthans. Universidad de Lima, Facultad de Economía, Lima, 1993, p. 13.

(3) MARTHANS, Juan José. *Inflación, dolarización y crisis productiva*. Editor: Juan José Marthans. Universidad de Lima, Facultad de Economía, Lima, 1993, p. 21.

(4) ARIZMENDI ECHECOPAR, Luis. Ob. cit., pp. 32-33. Estas parecen haber sido las razones que motivaron la modificación del artículo 1237 del Código Civil.

hace que la gente saque los dólares afuera, la recesión se agudizaría por la deflación que ocurriría paralelamente"[5].

2) La dolarización, manteniéndose el atraso cambiario, genera que los precios de los productos peruanos de exportación se encuentren sobrevalorados y, por consiguiente, son poco competitivos.

Resultan interesantes las palabras de Marthans: "vencer a la inflación dolarizando a la economía tal y como se ha dado en el Perú, puede constituirse, a la larga, en la principal fuente de retroalimentación de la inflación, debido a las inestabilidades que se generarían"[6].

Es necesario que la gente vuelva a usar voluntariamente el sol como medio para sus transacciones[7]. En tal sentido, es necesario reforzar el proceso de remonetización a través de normas que desincentiven las transacciones en moneda extranjera.

Sin embargo, parecería que la prohibición de contratar en moneda extranjera tampoco sería recomendable por cuanto ello evita, si bien con poca incidencia, la caída del tipo de cambio real, por cuanto se requieren dólares para hacer frente a estas obligaciones. Asimismo, el artículo 64 de la Constitución Política del Perú establece que el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

3. Obligaciones en moneda extranjera en el Código Civil

De acuerdo con el artículo 1237 del Código Civil, el pago de una deuda pactada en moneda extranjera puede hacerse, como facultad del deudor, "en moneda nacional al tipo de cambio venta del día y lugar del vencimiento de la obligación". Salvo que las partes hubiesen pactado expresamente que la obligación pactada en moneda extranjera deberá ser pagada en la misma moneda pactada.

El artículo 1237 hace referencia "al tipo de cambio venta". Se define al tipo de cambio de una moneda "X" con respecto a la moneda "Y", como el precio de la moneda "X" expresado en la moneda "Y". Cuando nos preguntan cuál es el tipo de cambio del dólar, lo que tendríamos que decir es cuántos nuevos soles debemos pagar por cada dólar.

El tipo de cambio[8] puede ser fijo, cuando se determina por la autoridad administrativa (ejemplo, dólar MUC) o puede ser flotante, que es determinado por la ley de la oferta y la demanda[9]. En este último caso, encontramos en el mercado diferentes tipos de cambios.

Frente al hecho de que existan diferentes tipos de cambios en el mercado, nos deberíamos preguntar cuál es el tipo de cambio venta al que se refiere el Código Civil. Para responder

(5) ARIZMENDI ECHECOPAR, Luis. Ob. cit., pp. 35-36. El Banco Central de Reserva perdería la capacidad de regulación de la liquidez, en la medida en que no tiene capacidad de creación de dólares.

(6) MARTHANS, Juan José. Ob. cit., pp. 84-85.

(7) MOREYRA, Manuel. "El suplicio de Tántalo". En: *El Comercio*, Lima, 29 de mayo de 1994.

(8) Existen dos formas de cotizar una divisa, una es la inversa de la otra. "Cotización precio o directa", consiste en expresarla en número de unidades monetarias locales por cada unidad de divisas (ejemplo, el caso peruano S/. 3,650 = US$ 1). "Cotización volumen o indirecta" expresa el número de unidades de divisa por cada unidad monetaria local o doméstica. Se utiliza para la liba esterlina, libra irlandesa, dólar australiano. (Ejemplo: 1 libra esterlina = US$ 1,553).

(9) Se dice que en el sistema peruano se aplica una "flotación sucia", en el sentido de que si bien se utiliza la ley de la oferta y la demanda, el Banco Central de Reserva del Perú "interviene" comprando y vendiendo dólares según si lo que quiere es aumentar o disminuir el tipo de cambio.

a esta pregunta debemos tener en cuenta la Resolución Nº 007-91-EF/90 BCR del 2 de abril de 1991, la cual establece que "será el de venta de oferta y demanda que rija en la entidad financiera que las partes hayan acordado en el contrato respectivo". Si las partes no hubiesen señalado a la entidad financiera "las partes contratantes acordarán dicha designación; y, en su defecto, corresponderá al deudor efectuarla".

4. Tipos de cotización

En la práctica siempre se ofrecen dos cotizaciones: tipo de cambio compra y tipo de cambio venta. Esta información se lee desde el punto de vista de la entidad financiera; es decir, la entidad está dispuesta a "comprar" dólares a soles X o está dispuesta a "vender" dólares a soles X.

En tal sentido, el artículo 1237 del Código Civil se refiere al "tipo de cambio venta" es decir, el tipo de cambio por el cual la entidad financiera recibe moneda nacional (nuevos soles) y entrega moneda extranjera (ejemplo, dólares americanos). Lo que se pretende es que el acreedor, al recibir la moneda nacional, pueda adquirir la cantidad de moneda extranjera pactada.

5. Fecha del valor de referencia

Respecto al artículo 1237 del Código Civil, ocurre lo mismo que lo señalado cuando vimos el artículo 1235. El legislador ha utilizado como tipo de cambio venta el que rija a la fecha de vencimiento, y cuando se produce un "retardo" del deudor, el acreedor tiene la opción de escoger entre el tipo de cambio venta del "día del vencimiento" o del "día del pago". Nos remitimos a lo ahí señalado.

6. Riesgos en las obligaciones en moneda extranjera

Las obligaciones en moneda extranjera están expuestas, fundamentalmente, a dos clases de riesgo: 1) el riesgo de la variación del valor adquisitivo, y 2) el riesgo de tipo de cambio.

Uno de los riesgos de las obligaciones en moneda extranjera cuyo pago se efectuará de manera diferida (mientras más tiempo, mayor el riesgo) es la variación de su poder adquisitivo (valor adquisitivo): aumento o depreciación.

En tal sentido, también se acostumbra a establecer cláusulas de escala móvil en este tipo de obligaciones, especialmente en el caso de plazos largos. Si se trata de dólares americanos, se utilizan índices de los Estados Unidos de América, así, por ejemplo, el índice de precios al consumidor de los Estados Unidos de América (Consumer Price Index "CPI") que publica el Bureau of Labor Statistics of the United States Labor Department.

No obstante, el artículo 1235 admite el pacto valorista solo para las obligaciones contraídas en moneda extranjera. Adviértase, también, que el artículo 1234 tampoco se refiere a las obligaciones en moneda extranjera, cuando, en puridad, el pago de una obligación concertada en moneda extranjera tampoco podría exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado, si bien el deudor, salvo pacto en contrario, puede pagar en moneda nacional.

Otro de los riesgos es el de las variaciones del tipo de cambio. Si, por ejemplo, el precio del dólar se incrementa con el tiempo, se dice que el nuevo sol se está "devaluando" con respecto al dólar. En este sentido, la "tasa de devaluación" nos mide el incremento proporcional del tipo de cambio por unidad de tiempo.

El tipo de cambio también puede moverse en sentido contrario, entonces se habla de "revaluación" y se mide con la "tasa de revaluación".

El deudor asume el riesgo de "devaluación" cuando contrae una obligación en moneda extranjera teniendo ingresos en nuevos soles.

DOCTRINA

ARIZMENDI ECHECOPAR, Luis F. Inflación, dolarización y crisis productiva. Editor Juan José Marthans, Universidad de Lima, Facultad de Economía, Lima, 1993; MARTHANS, Juan José. Inflación, dolarización y crisis productiva. Editor Juan José Marthans, Universidad de Lima, Facultad de Economía, Lima, 1993; MOREYRA, Manuel. El suplicio de Tántalo. En: El Comercio, Lima, 29 de mayo de 1994; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Debe ser concertado el pago en moneda extranjera

El artículo 1237 del Código Civil dispone que pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales; para que ello sea factible tiene que existir un convenio, porque quien no acepta el pago en moneda extranjera, debe realizarlo en moneda en curso legal en el país ***(Cas. N° 294-1997-Piura).***

Lugar de pago

Artículo 1238.- ***El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.***

Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor.

Concordancias:
C.C. arts. 33, 1553, 1558, 1659, 1660, 1675, 1744; C.T. art. 29; LEY 27287 arts. 66, 138

JOSEPH MEJÍA GUEVARA

El pago constituye un mecanismo natural de extinción de las obligaciones y, en ese sentido, implica, propiamente, no solo la realización de la prestación debida a cargo del deudor, consistente –como se sabe– en el hecho de dar, de hacer o de abstenerse, sino que, supone, además, la satisfacción del crédito a favor del acreedor de la relación obligatoria.

Dado que el pago –entendido como un esquema general que contiene todos los comportamientos debidos[1]– debe ejecutarse, en principio, en los términos establecidos en el programa contractual, ello naturalmente exige que él mismo deba ser realizado, y no en pocas oportunidades, en un determinado lugar (físico o virtual), y por supuesto en la forma y modo en que se haya convenido en el negocio jurídico que sirva de sostenimiento a la relación obligatoria[2]. en razón de la cual se materializará tal ejecución.

El lugar que parece haber escogido el Código Civil como prevalente para la realización del pago es, en principio, el domicilio del deudor[3]; sin embargo, de una lectura menos literal de la norma en cuestión, debe establecerse que el cumplimiento, si así lo consienten las partes, puede realizarse en un lugar distinto; lo que resulta enteramente compatible con el principio de libertad contractual, pues, en virtud de esta fiel expresión de la autonomía privada, se sabe que las partes están facultadas a regular libremente el contenido esencial del contrato, y, naturalmente, si así lo estiman conveniente, el lugar de pago, como algunas veces corresponde a la práctica común; y ello en el entendido que tal determinación podría resultar esencial respecto de los intereses (patrimoniales o no) de las partes.

(1) De acuerdo a lo señalado por Breccia, quien además indica que "Si bien cuando se habla de 'pago', de 'acreedor' y de deudor prevalece la referencia a las relaciones que se concluyen con la transferencia de sumas de dinero, también aquí tales expresiones serán por lo tanto usadas, pero con la advertencia de no sacrificar nunca la peculiaridad de la individual figura, para describir todas las obligaciones en la gran variedad de sus contenidos posibles (como: la relación de trabajo subordinado; la ejecución material de una obra confiada al artesano o al artista; la prestación del consentimiento contractual: sea o no directo, como se ha visto, a la transferencia de un derecho; la abstención de una actividad competitiva; e innumerables otros más)". En: BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. Giuffrè, Milano, 1991, p. 13.

(2) Cabe precisar que la relación obligatoria "(...) es aquella vinculación intersubjetiva concreta de cooperación, que liga a dos o más sujetos de derecho para la realización de una función económica o social, sea esta patrimonial o no, dirigida a la tutela de intereses que han merecido juridicidad por el Orden Jurídico Positivo". En: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto". En: *Themis*. N° 27-28, Lima, 1994, p. 48.

(3) Precisamos ello puesto que no son infrecuentes los comentarios que dan por sentada dicha preponderancia; lo que será materia de una brevísima observación en el cuerpo de la presente exposición.

Ciertamente, y atendiendo a que las operaciones económicas pueden ejecutarse en espacios en los que no pocas veces resulta prioritaria la protección de la intimidad[4] de las situaciones personales o familiares, que normalmente se desenvuelven en la residencia habitual, y que pueden verse afectadas con ocasión del desarrollo de tales operaciones, no resulta para nada extraño que el pago se pueda precisamente realizar en el domicilio especial, de acuerdo con el artículo 34[5] del Código Civil, o en algún otro lugar designado por las partes, dado que la regla contenida en el artículo en comentario "el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor" es de aplicación supletoria a la voluntad declarada de las partes[6].

En atención a esta última observación hay que decir que el dispositivo en comentario ha sido erróneamente interpretado, en el sentido que se ha afirmado que tal norma es limitativa del principio de autonomía privada, al concederle a ambas partes de la relación obligatoria, antes que plenas facultades para la elección del lugar donde podría ejecutarse el pago (como sería atendible en el marco del indicado principio), el constreñimiento del mismo al predeterminado domicilio del deudor.

Frente a esta errónea lectura, que no parece haber ponderado los alcances de la expresión "estipulación en contrario", se puede decir que, más bien, con dicha formulación, la autonomía privada no ha sido limitada y que, por el contrario, tal principio puede extenderse incluso a coberturar otros supuestos no reconocidos explícitamente en la norma; como, por ejemplo, ante la imposibilidad de ejecutar el pago en el lugar designado, se convenga preventivamente –a través de una concreta estipulación– que el cumplimiento se realizará en el lugar correspondiente a los **usos y costumbres** de la propia operación económica.

Dicha concreta prescripción estaría plenamente permitida en atención a los alcances de la norma en examen; y, hay que decir, aunque esta guarde silencio, o parezca no haberle dado prevalencia a los referidos usos y costumbres, es posible que dichos supuestos puedan ingresar –por la vía de la indicada estipulación en contrario– a formar parte del contenido esencial del contrato, inclusive en detrimento de los supuestos más controvertidos, como el de las circunstancias del caso.

Además, hay que decir que, si bien el diseño de la norma *sub materia* no parece ser la mejor desde el punto de vista económico, debemos precisar que tampoco parece resultar nada oneroso que las partes se pongan de acuerdo en relación al lugar de pago, dado que la regla (digamos, primera) de efectuar la prestación debida en el domicilio del deudor puede fácilmente ser desplazada con un simple acuerdo al respecto; incluso, en un supuesto un tanto más complejo como el regulado en el artículo 2095°[7] del Código Civil que le permite a las

(4) Se ha dicho que si se hace referencia a la protección de la intimidad, el domicilio debe ser entendido en su aspecto material y no formal. En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Editorial Huallaga, 3ª edición, Lima, 2001, p. 309.

(5) Señala el indicado dispositivo que: "Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación solo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto".

(6) En el mismo sentido, y en atención a lo dispuesto en el artículo 1182 del Código Civil italiano, el cual señala: "Si el lugar de pago en el que la prestación debe ser realizada no está determinado **por el acuerdo** o por los usos y no se puede inferir de la naturaleza de la prestación o de otras circunstancias, se observan las siguientes reglas. (...) En otros casos la obligación debe ser cumplida en el **domicilio que el deudor** tuvo al tiempo de la obligación", se ha dicho que "Los criterios que la ley detalla están subordinados a la voluntad del acreedor y del deudor". En: BRECCIA, Umberto, Ob. cit., p. 521. De igual modo, se ha precisado que la regla contenida en el indicado artículo 1182 es de carácter **subsidiario**. En: CANNATA, Carlo Augusto, PROSPERETTI, Marco y VISINTINI, Giovanna, "L' adempimento delle obbligazioni", en: *Trattato di diritto privato, Obbligazioni* e *contratti*, Tomo Primo, Utet, Torino, 1988, p. 100; sin embargo, se ha explicado que dicha regla tiene específicas excepciones.

(7) El primer párrafo del dispositivo referido señala que: "Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresa-

partes, en un contexto de contratación internacional, adscribirse a la ley expresamente elegida por las partes y en la que, eventualmente, el lugar de pago también depende, en principio, de la autonomía privada.

Cabe señalar que tampoco parece encarecer la eventual operación económica el hecho de que no pueda efectuarse el pago en el domicilio del deudor, cuando ello resulte de la ley, puesto que, de suyo, no tendría por qué ser controvertido determinar cuál sería el lugar de pago en caso se haya fijado en alguna disposición legal.

Sin embargo, la misma suerte no parecería seguir la determinación del lugar de pago en atención a los alcances de la "naturaleza de la obligación" o de las "circunstancias del caso", puesto que sobre estos aspectos siempre es posible una controversia (más allá de si es conveniente o no) en torno a la naturaleza jurídica de la obligación (imaginemos una discrepancia en relación al carácter de la obligación en el sentido de si es facultativa o alternativa[8]) o en torno a la evaluación de las circunstancias del caso, las cuales algunas veces determinan que el pago no pueda efectuarse en el domicilio del deudor debido a interferencias (como el caso fortuito y la fuerza mayor, por ejemplo) que pueden ser leídas de manera muy particular por las partes (ya) en conflicto.

Dado que es posible que sobrevenga en oneroso la evaluación sobre la configuración de uno (o de los dos) supuestos de excepción precedentemente mencionados, respecto de los cuales podrían formularse, incluso, litigiosas discusiones, cabe decir que resultaría factible –y quizá más eficiente– estipular la inaplicación de estos dos supuestos precisamente a través de la estipulación en contrario, con el fin de excluir por anticipado una posible discusión en torno a la configuración de especiales supuestos de responsabilidad subjetiva como consecuencia de, por ejemplo, divergentes interpretaciones respecto del lugar en donde debería haberse pagado.

De otro lado, si las partes designan varios lugares para el pago (primer extremo del segundo párrafo del artículo *sub materia*), resulta importante resaltar que, en este caso, el acreedor tiene la facultad (específicamente, el **derecho potestativo**[9]) de elegir cualesquiera de ellos (segunda regla) y el deudor se encuentra –en consecuencia– en un **estado de sujeción** respecto de esta decisión; la misma que, una vez operada, extinguirá la obligación con el solo hecho de ejecutar la prestación debida[10] en cualquiera de dichos lugares y a elección del *accipiens*.

Sin embargo, consideramos que si la obligación resultase siendo, por ejemplo, **divisible y mancomunada** no habría impedimento alguno para ejecutar el pago –pero antes del vencimiento del plazo, está claro– en los lugares elegidos, puesto que la propia naturaleza de dicha obligación lo permite; pudiéndose establecer, en esa línea, que en caso se produzca la

---

mente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento".

(8) Hay que precisar que el artículo 1171 del Código Civil no regula el efecto de la controversia, sino la consecuencia de la duda respecto de si se está ante una obligación facultativa o alternativa.

(9) Precisamos que este derecho le permite al titular obtener, con un comportamiento propio unilateral, un resultado favorable mediante el ejercicio de una facultad peculiar (llamada de formación) apta para provocar una modificación en la esfera jurídica de un sujeto jurídico distinto. En: BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. *Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica,* Tomo I. Volumen 1, Traducción de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 416.

(10) Coincidimos con Breccia cuando afirma que "El modo normal de extinción de la relación obligatoria está constituido por la regular y exacta ejecución de la prestación debida". En: BRECCIA, Umberto, Ob. cit., p. 681.

inejecución parcial de la indicada obligación divisible y mancomunada podría sobrevenir un supuesto de responsabilidad civil por incumplimiento parcial.

Ahora bien, de acuerdo al segundo extremo del segundo párrafo del artículo en comentario es de verse que, cuando el pago **deba** realizarse en el domicilio del acreedor (esto, naturalmente, supone la existencia de una disposición legal que así lo contemple) es posible establecer que, en caso se designen varios lugares de pago, el deudor tenga el derecho potestativo de elegir el lugar de cumplimiento (tercera regla).

Lo precisado en la tercera regla deviene en aceptable si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el segundo precepto, si por estipulación en contrario –en virtud de la cual el cumplimiento ya no se efectuará en el domicilio del deudor– se puede designar **uno** o **varios** lugares para el pago y, asimismo, el acreedor pueda elegir –en este último supuesto– cualquiera de ellos para ver satisfecho su crédito; debe decirse, para ser coherentes, que también por estipulación en contrario, en caso sean designados varios lugares para el pago, el deudor (y ya no el acreedor) podrá elegir cualquiera de ellos para ejecutarlo, pero a condición de que el cumplimiento, en principio, **deba** efectuarse en el domicilio del acreedor.

A simple vista esta tercera regla podría resultar contradictoria, puesto que, si existen varios lugares de pago y el deudor puede elegir en qué lugar ejecutarlo, entonces ello supondría, en principio, que no es posible que "deba" efectuarse el cumplimiento en el domicilio del acreedor. Dicho de otro modo, si el deudor pudiera elegir cualquiera de los lugares de pago previamente designados, luego, no tendría la obligación de efectuarlo en el domicilio del acreedor; por lo que, dada esta aparente situación contradictoria, es legítimo preguntarnos: ¿Qué sentido tiene esta condición de que el pago "**deba** efectuarse en el domicilio del acreedor"?

Una alternativa plausible sería que cuando la tercera regla mencionada se refiere al hecho de que el pago "deba efectuarse en el domicilio del acreedor" (condición de operatividad de la *fattispecie*) se está considerando que preexiste un inapelable deber de cumplimiento que tiene como fuente solamente a la ley –y con clara exclusión de los efectos derivados de la interpretación sobre la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso–; pero que, sin embargo, resulta prevalente la autonomía privada al haberse designado varios lugares de pago respecto de los cuales es posible ejercitar una libre elección y determinar, por consiguiente, la inaplicabilidad de esta posible obligación de efectuar el pago en el domicilio del deudor.

Lo sostenido nos lleva a efectuar una preliminar evaluación de un aspecto de la tercera regla que al principio no resultaba evidente o, quizá, nada importante; pero que, a decir verdad, de una lectura más detenida, deviene en relevante.

Decir que el pago "'**debe**' efectuarse" es realmente muy distinto a señalar que el pago "'**deba**' efectuarse"; aunque, debemos reconocer que en algunos casos tal diferencia no revista mayor importancia o, en otros, no sea advertida en el uso cotidiano del lenguaje.

Manifestar que el pago "**debe** efectuarse en el domicilio" supone, incuestionablemente, la existencia de una obligación de exigible ejecución en el indicado lugar y, naturalmente, un correspondiente compromiso (constreñible) de cumplir con su ejecución en el precisado domicilio; en cambio, decir que el pago "**deba** efectuarse en el domicilio" implica que, solo en el caso que se encuentre una fuente normativa que exija el cumplimiento de la prestación en el referido espacio, existirá, en principio, una obligación de pago en el indicado lugar; en ese sentido, y ya en el marco de la tercera regla, esta condición de operatividad de la consecuencia jurídico-normativa (que el deudor ostente el derecho potestativo de elegir el lugar de pago), siempre que existan varios lugares designados para tal ejecución, podrá prevalecer

frente al hecho ya mencionado de la existencia de la obligación de cumplimiento en el domicilio del acreedor.

En breve, decir que el pago **"debe"** efectuarse en el domicilio del acreedor supone la existencia de una obligación preexistente; en cambio, decir que el cumplimiento **"deba"** efectuarse (...) no supone exactamente lo mismo, sino, más bien, una mera posibilidad de que suceda en tanto se dé la condición legal para tal efecto. Ello quiere decir que, en caso exista una obligación preexistente de efectuar el pago en el domicilio del acreedor (lo que no ha mencionado la tercera regla en cuestión, pues su condición no refiere al *imperativo* **debe,** sino al *subjuntivo* **deba**), no tendría sentido que el deudor pueda elegir, dado que está constreñido a ejecutar el indicado pago en el referido domicilio; sin embargo, sí ostentaría el derecho potestativo de elegir dónde ejecutar la prestación debida cuando se configure la condición de operatividad.

DOCTRINA

BRECCIA, Umberto. Le obbligazioni. Giuffrè, Milano, 1991; BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. Derecho civil. Normas, sujetos y relación jurídica, Tomo I. Volumen 1, Traducción de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995; CANNATA, Carlo Augusto, PROSPERETTI, Marco y VISINTINI, Giovanna, "L' adempimento delle obbligazioni", en: Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti, Tomo Primo, Utet, Torino, 1988; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Editorial Huallaga, 3ª edición, Lima, 2001; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto". En: Themis. N° 27-28, Lima, 1994.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Las partes pueden pactar libremente el lugar del cumplimiento de sus obligaciones

Tratándose del lugar donde debe realizarse y ser requerido el pago, el primer párrafo del artículo 1238 del Código Civil (...) establece que el mismo debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso. El artículo mil doscientos treinta y nueve del mismo cuerpo normativo señala que si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado este como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo, norma cuya explicación resulta pertinente para el caso que no existiera comunicación oportuna del cambio de domicilio al acreedor; (...) en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, estas pueden pactar libremente el lugar del cumplimiento de sus obligaciones, siendo obligatorio lo acordado en cuanto se haya expresado en ellas ***(Cas. N° 3030-2003-Lima).***

Variación de domicilio

Artículo 1239.- *Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado este como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.*

Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

Concordancias:
C.C. arts. 39, 40; C.T. art. 29; C.P.C. arts. 24, 725 y 748

JOSEPH MEJÍA GUEVARA

Hemos visto que, de acuerdo a los alcances de la norma anteriormente comentada –ciertamente interpretada dentro del marco de la autonomía privada[1]–, no es necesario, ni imperativo, que el lugar de pago sea el domicilio del deudor, ni del acreedor, salvo que exista alguna disposición legal que así lo prescriba; sin embargo, quedó igualmente claro que, si bien las partes pueden elegir libremente el lugar para el cumplimiento, este podrá coincidir, o no, con el domicilio de cualquiera de las partes, si estas acaso así lo estipulan.

En dicho marco de referencia, toca decir que el artículo ahora en comentario regula –en líneas generales– la "facultad de obrar"[2] para, según corresponda, **exigir** o **efectuar** el pago, que ostentan, respectivamente, el acreedor o el deudor, cuando se ha producido el cambio del domicilio que se haya designado concretamente como primer lugar para el pago; y, al mismo tiempo, otorga a las indicadas partes la "facultad de elección o **derecho postestativo**" respecto al lugar en el que se exigirá o efectuará, según corresponda, dicho cumplimiento.

Dado que un elemento importante de la norma *sub materia* es, precisamente, el referido cambio de domicilio, conviene, previamente, recordar que el artículo 39 del Código Civil (cláusula general de variación de residencia) estipula que este hecho jurídicamente relevante opera cuando se realiza el traslado de la residencia habitual a otro lugar (del lugar A al lugar B); lo que produce, en términos generales, efectos jurídicos en la esfera privada –por ejemplo, el hecho de que los derechos conyugales o de convivencia se puedan ejercitar, además, en el nuevo lugar de residencia– tanto como en la esfera pública –por ejemplo, el hecho de que la regla general de la competencia determine que este último domicilio sea, en principio, el lugar en donde será demandado el deudor incumpliente.

Sin embargo, sabemos que el acreedor-demandante puede a libre elección, y ya en atención a lo dispuesto en el primer párrafo del dispositivo en comentario, convenir en demandar al deudor infiel, indistintamente, en la jurisdicción correspondiente a la de cualquiera de los dos domicilios (lugar A o lugar B); lo que redunda a favor del indicado *accipiens,* pues,

(1) No está de más precisar que, como se ha visto en el comentario del artículo 1238 del Código Civil, la elección del domicilio no tendría por qué sustraerse a los alcances de la autonomía privada. La figura negocial constituye, en ese sentido, un determinante mecanismo autorregulatorio y satisfactivo de los intereses privados. No sin razón se ha precisado acertadamente que "(...) los negocios jurídicos responden a la exigencia de la circulación de los bienes, surgen de la iniciativa privada y son, esencialmente, actos con los que los particulares atienden, en vista de aquella exigencia, a regular los interese recíprocos". En: BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987, p. 43.

(2) Se ha puntualizado que la facultad de obrar para la realización de un interés es uno de los aspectos esenciales del derecho subjetivo. En: BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. *Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica,* Tomo I. Volumen 1, Traducción de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 372.

como a veces sucede, pueda acontecer que demandar en el último lugar de residencia del *solvens* suponga alguna barrera para el libre acceso a la jurisdicción.

Cabe precisar, en este punto, que el derecho potestativo del acreedor de elegir la jurisdicción en donde se formulará la demanda no será afectado en caso el deudor incumpla con comunicar, el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, al *accipiens,* quien, sin embargo, asumamos por un momento, tenga noticias por otra vía de dicha variación; pues, el artículo 40 del Código Civil, que disciplina esta exigencia, solo estipula como consecuencia, ante la omisión de información del *solvens*, la responsabilidad civil y/o penal a que hubiera lugar.

Ahora bien, otro de los efectos que produce el cambio de domicilio, y ya en atención al primer párrafo de la norma en cuestión, que disciplina -dijimos- la facultad (o derecho potestativo) de obrar correspondiente al acreedor, consistente en realizar su propio interés a través de la exigencia de cumplimiento, es que el indicado *accipiens*, una vez producido el referido cambio, ostentaría inmediatamente, la facultad de exigir el pago, ya sea en el primer domicilio (lugar A) o en el nuevo (lugar B); siendo que, para que dicha facultad se origine y sea oponible al deudor, debe desenvolverse un hecho concreto: que se haya designado (originariamente) el lugar de residencia habitual (lugar A) como el lugar de pago.

No obstante, es posible que, por convenir a las partes (o por lo menos a una de ellas), se designe como lugar de pago uno distinto del domicilio del deudor (lugar P), y que, asimismo, suceda que el indicado *solvens* cambie de residencia (del lugar A al lugar B).

En tal supuesto, resulta indudable que el acreedor no ostentaría facultad alguna para exigir el pago en ninguno de los dos lugares mencionados, sino que podrá solamente reclamarlo en aquel espacio designado inicialmente para dicha operación, dado que este supuesto regulado en el primer párrafo de la norma *sub materia* únicamente produce el efecto previsto cuando el lugar de pago coincide con el domicilio inicial del deudor, y que, con posterioridad a la asunción de la obligación, se produzca el cambio del domicilio; en ese sentido, y en referencia a este último supuesto, cualquier intento de exigir el pago en algún espacio fuera del designado inicialmente (lugar P) devendría en ineficaz; y, por consiguiente, sobre el deudor no recaería exigencia alguna para efectuar el pago *ex talem loco*, a menos que las partes así lo convengan.

En el marco de la referida hipótesis o, incluso, dentro de la *fattispecie* del primer párrafo del artículo en comentario, el acreedor podrá renunciar, si así lo considera, a la facultad de elección del lugar de pago, si con ocasión de la ejecución de la prestación debida en un recinto distinto al designado, el *accipiens* no se oponga o guarde silencio en relación a dicha ejecución, pero, al mismo tiempo, por ejemplo, inscriba el íntegro de la obligación ejecutada en sus propios registros contables, utilice o reasigne el bien "objeto de la prestación" a un uso determinado, incorpore o integre de manera ficta el bien a su patrimonio efectivo, absorba satisfactoriamente el servicio que ha sido materia de ejecución, entre otros; con lo que se estaría produciendo una aceptación tácita de tal operación.

De otro lado, el segundo párrafo del artículo en cuestión señala que igual regla es de aplicación respecto del deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor. Dicho de otra manera, habiendo sido designado –o determinado por ley– el domicilio del acreedor como lugar de pago, y este posteriormente cambia de residencia habitual, luego, el deudor podrá cumplir su obligación en cualquiera de los dos domicilios. Esta facultad o derecho potestativo de **elegir dónde** efectuará la ejecución de la prestación guarda complementariedad

no solo con la correspondiente obligación de ejecutar la prestación, sino, también, con el derecho que ostenta el propio *solvens* de liberarse de la deuda[3].

De manera complementaria a lo señalado respecto a los alcances del primer párrafo del artículo *sub materia*, hay que decir ahora que, si el domicilio inicial y lugar de pago no coinciden, y, posteriormente, el acreedor cambia de residencia, la facultad que ostenta el deudor de elegir dónde paga no se habría generado; razón por lo que solo podría liberarse de su obligación ejecutando la prestación debida en el lugar designado originariamente para tal propósito; en ese sentido, y de manera recíproca a lo señalado respecto del primer párrafo indicado, cualquier intento de pagar en algún recinto extraño al designado inicialmente, devendría en ineficaz; siendo que, el deudor no tendría facultad de elección alguna para efectuar el pago *ex talem loco inicial*, a menos que las partes así lo convengan.

DOCTRINA

BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987; BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. Derecho civil. Normas, sujetos y relación jurídica, Tomo I. Volumen 1, Traducción de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Cambio de domicilio del deudor

Conforme lo dispone el artículo mil doscientos treinta y nueve de Código Civil, si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado este como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo. Como puede apreciarse la facultad de exigir el pago en el domicilio señalado convencionalmente asiste al acreedor, aun cuando el deudor domicilie en lugar distinto al primigeniamente señalado ***(Cas. N° 2874-2003-Tacna).***

(3) Se ha dicho que: "Si bien el acreedor tiene la facultad de pretender del deudor la ejecución de la prestación, a la cual este no puede, en principio, sustraerse legítimamente, ello no significa que el crédito sea una situación caracterizada por la arbitrariedad absoluta de su ejercicio; o que, en otros términos, no existan límites que influyan también sobre el crédito en cuanto a derecho subjetivo". En: BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. Ob. cit., pp. 408-409.

Plazo para el pago

Artículo 1240.- ***Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.***

Concordancias:
C.C. arts. 1552, 1565, 1653; C.P.C. arts. 24, 725 y 748; C.T. art. 29

JOSEPH MEJÍA GUEVARA

Con relación a este dispositivo hay que decir previamente –y si se nos permite, precisar, quizá, bajo el rótulo de advertencia– que el plazo o término al que se hace referencia en el artículo en comentario no es aquel regulado en el Título V del Libro II del Código Civil, concerniente a las modalidades del acto jurídico, como muchas veces erróneamente se ha afirmado; es decir, no se refiere al mecanismo accidental que suspende o determina la extinción de los efectos del negocio jurídico y, por ende, la suspensión o el cese de una relación jurídica a través de la verificación de la culminación del indicado término[1]; aunque, podría haber sido conveniente que así sea.

El "plazo designado para el cumplimiento" es, más bien, aquel término que está referido al momento en el cual el acreedor puede exigir el pago de la prestación debida; siendo el caso que el señalado término, eventualmente, podría coincidir, o no, con el plazo suspensivo (modalidad del negocio jurídico) del que, por definición, depende, precisamente, la eficacia del contrato o del negocio. Dicho de otra manera, el "plazo suspensivo negocial" está vinculado a la eficacia del negocio jurídico; en cambio, el "plazo para el cumplimiento" está relacionado al nacimiento del poder de exigir precisamente el cumplimiento de la obligación cuyo origen está predeterminado en el acuerdo.

Estas precisiones realizadas traen algunas consecuencias importantes, como, por ejemplo, que, en caso no se hubiera designado plazo alguno para el nacimiento del poder de exigir el cumplimiento de la obligación, el juez, en atención a la naturaleza (del acto) o de las circunstancias del caso[2], **no** estaría facultado a fijar la duración del plazo (como erróneamente se ha señalado), sino que, por el contrario, el acreedor de manera directa podrá exigir el pago, judicial o extrajudicialmente, inmediatamente después de que se haya originado la obligación de cumplimiento, en atención a la consecuencia jurídica prevista en la norma en comentario; y, por lo tanto, colocar al deudor en una situación moratoria, y, dado el caso, al *accipiens* mismo en calidad de legitimado a ejercitar las acciones judiciales o arbitrales a que haya lugar.

Dicho normativamente, y en atención a que no pocas veces se ha confundido el plazo para el cumplimiento, regulado en el artículo ahora comentado, con el plazo suspensivo previsto en el artículo 182 del Código Civil (y, en general, con los artículos que regulan el plazo negocial[3]), es que resulta absolutamente relevante precisar, y ya desde una inicial perspectiva comparatista, que el artículo 1183 del Código Civil italiano si bien contiene una norma equi-

(1) Se ha señalado que la relación jurídica que el negocio genera "(...) a) permanece inerte hasta el vencimiento del término, allí donde este tenga carácter suspensivo o inicial, o bien, b) está destinada a decaer con el advenimiento de aquel, cuando sea de naturaleza resolutoria o final". En: BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987, p. 412.

(2) De acuerdo al artículo 182 del Código Civil, cuyo primer párrafo señala que: "Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración".

(3) Artículo 178 (efectos de los plazos suspensivo y resolutorio; artículo 179° (presunción de beneficio del plazo suspensivo); artículo 180 (derecho de repetición del deudor por pago anticipado) y artículo 181 (caducidad del plazo).

valente al dispositivo *sub materia,* la cual prescribe que: "Si no está determinado el término en que la prestación debe ser realizada, el acreedor puede exigirla inmediatamente. Sin embargo, si en virtud de los usos o por la naturaleza de la prestación o por el modo o el lugar de la ejecución, sea necesario un plazo, este, en ausencia de acuerdo entre las partes, es establecido por el juez"; es de verse que, este segundo extremo del artículo en referencia, faculta al juez a establecer el plazo, en pronunciamiento declarativo(4), pero solo en el ámbito propiamente obligacional (y no, así, negocial), y bajo determinadas condiciones.

En ese sentido, y aunque esta disparidad –que no se advierte en la norma extranjera en comentario– respecto a la naturaleza del plazo sea patente, y, asimismo, traiga como consecuencia efectos distintos para supuestos de hecho naturalmente divergentes, hay que señalar que este "término para el cumplimiento"(5) si bien se manifiesta precisamente en la etapa de ejecución de la prestación, hay que decir, sin embargo, que se ha originado en el momento de la celebración del acuerdo; lo que no nos debe llevar a confundirlo con un elemento accidental del negocio-contrato.

Lo señalado nos permite apreciar que, si bien, en particulares situaciones el plazo tradicional negocial podría coincidir formalmente hablando con el "término obligacional", ello no determina que pueda considerarse como un elemento esencial del acuerdo.

Ahora bien, aunque dicha especie de plazo no pueda –sustancialmente hablando– homologarse al tradicional plazo suspensivo perteneciente al negocio jurídico, consideramos que no es posible dejar de lado la regulación concerniente a tal elemento esencial previsto en el título concerniente a las modalidades del acto jurídico, a efectos de ser tomada en cuenta como una guía para a ser aplicada en casos en relación a los cuales la interpretación analógica(6) sea posible o donde la interpretación global, "que valora en línea subjetiva el comportamiento integral de las partes"(7), nos permita comprender que lo que han querido las partes no implica establecer diferencia alguna entre estas dos especies de plazos; no obstante, hay que reconocer que, en principio, nada nos obliga a aplicar dicho marco regulatorio negocial.

Dicho esto, hay que recordar que el plazo suspensivo (negocial) es comúnmente entendido como un elemento accidental del negocio jurídico, y, como tal, vinculado, antes que a la validez de tal mecanismo autorregulatorio de los intereses privados, a la eficacia del mismo.

(4) Sobre la naturaleza declarativa de la sentencia puede verse a CANNATA, Carlo Augusto, PROSPERETTI Marco y VISINTINI Giovanna, "L' adempimento delle obbligazioni", en: *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, Tomo Primo, Utet, Torino, 1988, p. 105.

(5) Consideramos pertinente mencionar que cierta postura que, en nuestra opinión, ha establecido también una diferencia entre el plazo negocial y el término obligacional y de la que tomamos la expresión "término para el cumplimiento" afirma que "No se debe confundir con el término de eficacia del negocio el término entendido como modalidad de cumplimiento de la obligación (...) El primero suspende o hace cesar el efecto (determina el momento del nacimiento o de la extinción de una obligación o de un crédito); el segundo indica el momento en que debe ser cumplida la prestación relativa a una obligación o a un crédito ya surgido". BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. *Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica,* Tomo I. Volumen 2, Traducción de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 969.

(6) Aunque no es muy común ejecutar interpretaciones analógicas en derecho civil, debe decirse que visto el caso de las diferentes especies de plazos y por consiguiente la necesidad de resolver problemas vinculados al termino obligacional habría que por lo menos tener presente que: "La analogía (...) consiste en la aplicación de un precepto jurídico dictado para una situación determinada, a otra situación que concuerda con la primera en sus aspectos característicos desde el punto de vista jurídico; que le es, como suele decirse, jurídicamente semejante". En: TUHR, Andreas. *Los derechos subjetivos y el patrimonio.* Volumen I, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 45.

(7) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano". *Derecho & Sociedad* N° 19, Lima, 2002, p. 160.

Sin embargo, algo distinto acontece con el plazo para el cumplimiento, pues, si por un lado la eficacia del negocio jurídico está supeditado al plazo suspensivo, hay que indicar que la eficacia del poder de exigir el cumplimiento de la obligación depende, en principio, del plazo para el cumplimiento, así como, de manera "remota" de la eficacia y validez del negocio jurídico en que se substancia dicho plazo obligacional.

De otro lado, hay que recordar que, así como puede pasar que el plazo negocial, sea suspensivo o resolutorio, tenga determinante importancia para la consecución de los fines particulares, puesto que dicho elemento accidental podría estar íntimamente vinculado a los intereses que motivaron la operación económica[8], también es cierto que el plazo para el cumplimiento, en el mismo sentido, podría estar asociado a la consecución de objetivos particulares que regulen dicho término; siendo que –dentro de esta línea general– no parece ser que los costos de regulación de la estipulación de dichos propósitos sea superior a los beneficios que eventualmente se obtendrían de tal regulación, en cuyo caso las partes podrá si así lo deciden utilizar de manera complementaria el régimen del término para el cumplimiento sin incurrir en mayores costos de transacción[9].

Como se puede ver, la libertad contractual es un principio que encuentra acogida en el artículo en cuestión al permitirle a las partes la regulación del plazo para el cumplimiento, pero al mismo tiempo faculta al acreedor, en caso no exista regulación alguna de dicho plazo, a exigir la realización de la prestación debida inmediatamente después de contraída la obligación.

En ese sentido, en línea con el mencionado principio, y más allá del error del interprete o del equívoco del reformador del Código Civil respecto de la coincidencia o discrepancia de estos plazos, nada impide que estas especies sean programadas –incluso de manera conjunta– en función a los intereses de las partes; por lo que, resulta plenamente razonable entender que si el término para el cumplimiento excede al plazo de la eficacia negocial (no podría ser de otra manera, si de discrepancia se trata), puede el deudor, dentro del periodo de divergencia de dichos plazos, si resultase conveniente, ejercitar el pago sin que este sea exigible (y sin que le resulte oponible el artículo 180 del Código Civil); aunque, debamos reconocer, que al término del plazo de cumplimiento pueda suceder, como acontece respecto a cualquier otra prestación, que no se pagase no obstante haya nacido la obligación de cumplimiento y su correspondiente facultad de exigir su materialización.

DOCTRINA

BRECCIA, Umberto, BIGLIAZZI GERI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco D. Derecho civil. Normas, sujetos y relación jurídica, Tomo I. Volumen 2, Traducción de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995; BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987; CANNATA, Carlo Augusto, PROSPERETTI, Marco y VISINTINI, Giovanna. "L' adempimento delle obbligazioni", en: Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti, Tomo Primo, Utet, Torino, 1988; COASE, Ronald. "El análisis económico en Chicago". En: Themis. N° 44, traducido por Cristina Ferraro, Lima, 2002; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "Introducción al estudio de la interpretación en el

(8) En efecto, en contratos como el arrendamiento financiero el plazo (específicamente, al término del periodo) suele ser concluyente a la hora de decidir celebrar, o no, un contrato de este tipo, pues, como se sabe, el nacimiento de la opción de compra del bien materia del arrendamiento coincide con el indicado término del plazo arrendado.

(9) Consideramos oportuno indicar que Coase ha precisado que en un régimen con costos de transacción positivos las contrataciones no ocurrirán cuando los mencionados costos sean mayores que el beneficio que traería esa redistribución de derechos. En: COASE, Ronald. "El análisis económico en Chicago". En: *Themis*. N° 44, traducido por Cristina Ferraro, Lima, 2002, p. 14.

Código Civil peruano". Derecho & Sociedad N° 19, Lima, 2002; TUHR, Andreas. Los derechos subjetivos y el patrimonio. Volumen I, Marcial Pons, Madrid, 1998.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La exigibilidad de la obligación sin plazo depende de la naturaleza de la obligación

El plazo, en efecto, es una de las modalidades del acto jurídico y debe establecerse de manera expresa o tácita en el mismo. De lo contrario (de no haberse establecido expresa o tácitamente plazo alguno) la ejecución de la obligación se deberá realizar de manera inmediata, en estricta aplicación del principio previsto en relación al pago por el artículo 1240 del Código Civil, que señala textualmente que "si no hubiese plazo designado (para el cumplimiento de la obligación) el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación". Sin embargo, existe la salvedad para exigir el cumplimiento de la obligación, que este cumplimiento dependa de la naturaleza y circunstancias de la obligación **(Cas. N° 1567-2002-Lima).**

TRIBUNAL REGISTRAL

Las deudas sin plazo pueden ser exigidas inmediatamente luego de contraerse la obligación

{E}stán incluidas en este supuesto todas aquellas inscripciones referidas a gravámenes que garanticen obligaciones que no tienen un plazo de vencimiento, haciéndose la indicación que las mismas se entenderán exigibles inmediatamente después de contraídas, esto de conformidad con el artículo 1240 del Código Civil, el cual señala: "Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación" **(Resolución N° 539-2017-SUNARP-TR-L).**

Gastos del pago

Artículo 1241.- ***Los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor.***

Concordancias:
C.C. art. 1530; C.T. art. 29

JOSEPH MEJÍA GUEVARA

Los gastos a los que hace referencia el dispositivo en comentario son todos aquellos costos en los que, en el marco de una relación contractual, incurre el deudor con la finalidad de ejecutar el pago; siendo que estos implican especiales contraprestaciones que el deudor obtiene a cambio de sacrificios que este realiza o está dispuesto a efectuar para alcanzar la materialización de la prestación que se le adeuda al acreedor.

Cabe mencionar que tales especiales –e internas– contraprestaciones se articulan al proceso de desenvolvimiento del cumplimiento –o, si se quiere, al proceso productivo–, pues, de no ser por ellas no podrían llevarse a cabo las acciones o actividades que se requieren para la consecución del indicado cumplimiento; por lo que, puede decirse, en términos económicos, que los costos del proceso productivo, que se encuentran justificados en un presupuesto, implican particulares consumos que realiza por fuerza el deudor y que responden a las respectivas exigencias que impone la naturaleza de la prestación.

En atención a estos hechos, hay que decir que dichos gastos, en principio, no podrían trasladarse a la esfera del acreedor, debido a que estos por definición se encuentran ya formando parte del costo total de realización de la prestación debida; costo que, como corresponde, será deducido[1] del total de la contraprestación económica efectuada por el acreedor a favor del *solvens* con el fin de obtener la utilidad ya prefigurada en el contrato y comprometida en dicha contraprestación.

Sin embargo, no se debe perder de vista que, si bien una oferta o presupuesto elaborado por el deudor contiene normalmente los gastos en los que se incurrirá durante el desarrollo de la ejecución del proyecto, o de la obra, es posible que el posterior incremento de tales sacrificios, la aparición de cargas que graven el beneficio, o, asimismo, la incurrencia en otros gastos a cargo del deudor no estipulados en la oferta, sean producto de hechos imputables al acreedor.

De ser así, y en atención a lo precisado en el dispositivo en comentario, la atribución de tales gastos subsecuentes no tendría por qué ser de cuenta del deudor de la prestación debida, pues estos ya no corresponderían al pago inicialmente ejecutado, dado que tales gastos subsecuentes no solo desbordan el contenido preceptivo de dicha cláusula, sino que, dado el caso, y dependiendo del análisis de responsabilidad (que incluye un análisis de causalidad del hecho imputable), previsibilidad o riesgo, podrían ser de cuenta exclusiva del acreedor, sea a título de reconocimiento y pago o a título de indemnización de daños y perjuicios.

Ahora bien, y para tener una mejor perspectiva del gasto que ocasione el pago, no estaría de más precisar la naturaleza financiera de los algunos de los actos o actividades que realiza el deudor para el cumplimiento de la prestación debida. Para tal efecto, pongamos el ejemplo de un proyectista quien, para el cumplimiento de su obligación de hacer –en donde resulta

(1) Conviene tomar en cuenta la formula general de determinación de utilidad: Beneficio = Ingreso total - costo total. En: MANKIW, N. Gregory. *Microeconomía.* Sexta edición, Cengage Learning, México, 2014, p. 260.

a veces más complejo determinar el monto de los gastos en los que se incurre para producir la prestación– realiza acciones que, si bien son autónomas desde el punto de vista de la producción interna, cabe mencionar que resultan muchas veces interdependientes e imprescindibles desde el punto de vista del resultado que exige el acreedor.

Dicho esto, hay que recordar que, por lo general, el presupuesto que proyecta un deudor "razonable" o, si se prefiere, el análisis costo beneficio que estime el Proyectista en su oferta técnica frente a una eventual operación contractual, consultoría o proyecto técnico, incluyen, entre otros, los gastos relacionados a los materiales, mano de obra, equipo, etc. en que incurrirá el *solvens* para precisamente ejecutar la consultoría.

De este modo, el Proyectista para ejecutar el pago consistente en la elaboración del expediente técnico necesita desplazarse al lugar físico en donde se llevará a cabo la obra con el fin de realizar un previo levantamiento de información topográfica; asimismo, deberá realizar el correspondiente estudio de suelos, de canteras e hidrológico, etc., a afectos de la elaboración de los planos de ejecución, las especificaciones técnicas, metrados, etc.; y, en ese sentido, el consultor, como se puede ver, habrá incidido en gastos como el pago de insumos, mano de obra y equipo para el cumplimiento de la obligación a su cargo.

Del ejemplo planteado, se puede advertir fácilmente que, por ejemplo, los gastos generales fijos[2] y los gastos generales variables[3] para ejecutar el pago, que no son otra cosa que aquellos necesarios para la elaboración del expediente técnico de obra, si bien no constituyen el objeto de la obligación a cargo del consultor, pues los gastos en insumos, mano de obra y equipo, individualmente considerados, no pueden identificarse con la prestación de hacer, y, en ese sentido, no están integrados jurídicamente a la obligación, debe decirse que dichos factores productivos están enlazados funcionalmente al resultado (expediente técnico de obra); razón por la que un atraso en el cumplimiento podría devenir en un mayor reconocimiento del pago que corresponda a través del reconocimiento de los mayores gastos generales que correspondan.

De otro lado, puede pasar también que el acreedor que no haya visto satisfecho su crédito debido al incumplimiento imputable del proyectista decida hacerse cobro de lo que se le adeuda a través de un proceso arbitral, el cual demanda gastos permanentes como el pago de los honorarios de los árbitros, de los abogados y, de ser el caso, del centro de arbitraje. Dichos gastos corresponden inicialmente a aquellos que se necesita desembolsar con la finalidad de que el acreedor pueda hacer valer, ya en sede arbitral, el pago que efectivamente le corresponde; y, en ese sentido, deberían, en principio, ser trasladados a la esfera del deudor (parte vencida), sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje.

Brevísimo comentario aparte merece el artículo 1530 del Código Civil. Al respecto hay que decir que, siendo el gasto que ocasiona el pago un desembolso que lo asume quien se beneficia directamente del consumo del bien o servicio destinado al desarrollo de la prestación debida (regla), hay que decir que el artículo 1530 del Código Civil, que regula los gastos

(2) De acuerdo con la definición prevista en el Anexo 01 del actual Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado los **gastos generales fijos** "Son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista". Es fijo, por ejemplo, los gastos de licitación, los correspondientes al pago de los ingenieros especialistas en el estudio hidrológico, los incurridos en el estudio de suelos realizado, etc.

(3) Del mismo modo, **gastos generales variables** "Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista". Es variable, por ejemplo, el gasto del seguro de riesgo por accidentes, traslado de personal y administrativos de servicios, etc.

de entrega y de transporte, corrobora la preponderancia de esta regla prevista en el artículo ahora en comentario, cuando el mencionado dispositivo señala que: "Los gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente del cumplimiento son de cargo del comprador".

Esto se explica por el hecho que los indicados gastos de entrega del bien no son otra cosa que los gastos que ocasiona el pago a cargo del deudor y, en el mismo sentido, los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento no tendrían por qué ser asumidos por el deudor, pues, en principio, dichos gastos resultarían imputables al *solvens* solo en el caso que el pago se realice en el lugar originariamente designado para el cumplimiento; sin embargo, se debe puntualizar que el "pacto en contrario" previsto en el referido artículo constituye una excepción a la regla general prevista en el dispositivo en comentario, pues queda claro que con el indicado pacto pueden trasladarse los gastos de entrega de la esfera del deudor a la esfera del acreedor.

En líneas generales, y sin pretender ser absolutamente concluyentes, hay que puntualizar que, cuando la norma en comentario se refiere a los "gastos que ocasione el pago" –que naturalmente tiene excepciones en el propio ordenamiento civil[4]– debe entenderse esta en dos sentidos. En primer lugar, desde la perspectiva del deudor, puede estimarse como aquellos consumos que realizará el deudor con el fin de poder ejecutar adecuadamente la obligación a su cargo; en el segundo caso, desde la perspectiva del acreedor, cuando este, al no ver satisfecho su crédito, utilice las herramientas de cobro que deberán ser trasladadas, en principio, a la esfera del deudor.

DOCTRINA

MANKIW, N. Gregory. Microeconomía. Sexta edición, Cengage Learning, México, 2014.

(4) Nos referimos al pacto en contrario previsto en el artículo 1530 del Código Civil.

CAPÍTULO SEGUNDO
Pago de intereses

El interés y sus clases

Artículo 1242.- *El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.*
Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

Concordancias:
C.C. arts. 1243, 1246, 1333, 1663; C.P.C. arts. 537, 567, 676, 692, 746; C.T. arts. 28, 33, 34; C. de C. art. 584; LEY 27287 arts. 51, 146, 170, 181; LEY 26887 arts. 60, 200

CARLOS E. POLANCO GUTIÉRREZ

En la historia sobre el interés, se debe tener en cuenta el trabajo de Jiménez Muñoz[1], quien encuentra los primeros antecedentes del interés en la India, Mesopotamia y Egipto; en este último país a diferencia de los anteriores, no solamente se cobraron intereses retributivos, sino que además se cobraron intereses moratorios. Dentro de la filosofía se va a encontrar que Platón y su discípulo Aristóteles, son contrarios al cobro de intereses, pues quienes más necesitan dinero, son los pobres; sin embargo, se les cobrará intereses retributivos y ante el incumplimiento de pago del deudor, se podrán añidir los intereses al capital prestado, lo que dificultará el pago. Celebre es la frase de Aristóteles: *pecuri non parir pecuniam*" (el dinero no pare dinero)[2], por lo que no era legítimo el cobro de intereses. Ya anteriormente Platón, en su obra "Diálogos - IV República", cuestionaba el préstamo con intereses "(...) Por su parte, los negociantes caminan agachados, haciendo como que no los ven, hieren con el aguijón de su dinero a cualquiera de los demás que se les ofrece, y recogen, multiplicados, los intereses que ha procreado el capital y así hacen que abunde en el Estado tanto el zángano como el mendigo (...) (555 e)"[3].

Sobre la base de lo anterior, cabría preguntarse si es que realmente el dinero puede producir intereses, pues no solamente los filósofos griegos, con Aristóteles a la cabeza eran opuestos a que el dinero engendre dinero, sino que en la actualidad tal prohibición es asumida por algunas religiones (ejemplo la musulmana). Para entender la necesidad de cobrar intereses, debe tenerse en cuenta que el dinero con el tiempo pierde valor y ello se produce por diversas razones, una de ellas es la inflación que es un fenómeno que se presenta en casi todas las

(1) JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses.* Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

(2) En el libro *La Política*, Aristóteles, señala que "(...) el dinero solamente sirve para suplir lo que falta o escasea para el mantenimiento natural (...)", y luego prosigue "(...) Por esto es natural a todos el arte de adquirir de los frutos y de los animales ; pero como esta es de dos maneras, como hemos dicho, y una de ellas es el arte de vender y comprar, y otra el arte de regir la familia, y esta postrera es la necesaria y la más digna de alabanza; porque la primera es inconstante y vituperada con mucha razón (porque no adquiere conforme a la naturaleza, sino tomando de unos y de otros), y así es reprendida la manera de adquirir con logro y usura; porque del mismo dinero pretende sacar ganancia, y no de aquello para que fue inventado el uso del dinero, esto es, para uso de los contratos. Pero la usura se acrecienta a si misma; por lo cual se llamó en griegos tocos, que quiere decir parto, ya que este es semejante a quien lo pare, y el logro es dinero parido de otro dinero. De manera que, entre todos los modos de adquirir, este es el más contra natura (...)". (http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/politicaAristoteles.pdf).

(3) PLATÓN, *Diálogos - IV República* (Traducción por Conrado Eggers Lan), Editorial Gredos, 1ª reimpresión, Madrid 1988, p. 399.

sociedades, en todo momento y significa la variación hacia arriba de los precios de los bienes en un tiempo determinado; por lo que si una persona decide guardar, por un tiempo determinado, su dinero, en una caja, resultará que al cabo de algunos años el dinero que estuvo sin movimiento alguno, no le permitirá, en términos generales la compra de los bienes y servicios que pudo adquirir al momento en que decidió no utilizar el dinero. Este fenómeno, del encarecimiento del costo de vida, se presenta más allá de la disminución relativa de los precios de determinados productos como consecuencia de la producción en masa. Si con el tiempo el dinero perderá valor, debe buscarse los mecanismos para que ello no se produzca o aun más se tenga réditos.

Pero, ¿el dinero podría engendrar dinero? Lo primero que debe aclararse es que el dinero que engendra es un rendimiento a favor del acreedor; lo segundo que los demás bienes tampoco pueden engendrarse a sí mismos, como que un auto no engendra a otro auto, pero sí puede producir su arrendamiento un beneficio al titular del vehículo, por lo que no es correcto decir dinero y más dinero, sino que se trata del dinero y su rendimiento.

Lo expuesto evidencia que una de las instituciones que tiene necesidad de un estudio interdisciplinario, es el interés, tanto en la obligación dineraria y no dineraria, por ser un fenómeno jurídico-económico. A diferencia del Código Civil de 1936 que de manera aislada y desordenada regulaba los intereses, el presente Código Civil dedica un todo un capítulo para su regulación. Una ausencia en esta regulación es que en el Código Civil de 1984 no se establece la definición de interés, limitándose a definir los intereses compensatorios y moratorios.

Si nos aproximamos solo desde un punto de vista etimológico, intereses significa importar: lo que importa. Otra corriente de la doctrina señala que proviene de los vocablos *inter esse*[4]: lo que está o lo que se interpone entre lo entregado y percibido. Desde el punto de vista jurídico, señalaremos que el interés es un fruto civil del dinero, que se origina por la privación de su dueño y disfrute por un tercero, quien es el deudor. Como lo precisa Barchi, debe tenerse presente que el género son los frutos civiles y la especie el interés[5], por lo que no todo fruto civil es interés. Esta definición no es compartida de manera unánime por la doctrina; por ejemplo, Enneccerus señala que el interés es el rendimiento en proporción al importe o valor de un capital del cual uno se priva temporalmente en favor de otro; Pizarro y Vallespino señalan que el interés es la ganancia o beneficio que produce un capital dinerario; estos autores también citan a Llambías para quien el interés son los aumentos paulatinos que experimentan las deudas de dinero en razón de su importe y del tiempo trascurrido, *prorrata temporis*. No brotan íntegros en un momento dado, sino que germinan y se acumulan continuadamente a través del tiempo[6]. Finalmente, Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan que el interés es un fruto nacido de una ficción jurídica y constituye el costo del dinero[7].

Díez-Picazo propone una doble acepción jurídica para el interés: "(...) en términos económicos se denomina 'interés' al precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena (...). En términos jurídicos, sin embargo, el concepto de interés es un concepto más estricto. Jurídicamente, son intereses

(4) Infinitivo presente activo de *Intersum*: Estar en medio, entremediar, haber diferencia entre, etc.

(5) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Las obligaciones dinerarias en el Código Civil peruano". En: *Revista Athina*, N° 2, Lima, 2007, pp. 83-123.

(6) PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. *Instituciones de Derecho Privado Obligaciones*. Tomo 1, 1ª edición, 2ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 397.

(7) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio del Derecho de las Obligaciones*. Palestra Editores, Lima, 2008, p. 515.

las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero"[8], continúa detallando dos características importantes en la deuda de intereses: supone una obligación de dar suma de dinero y es accesoria de otra obligación principal.

Para los financistas, el interés en una acepción simple es el costo de utilizar el capital (precio del dinero), sea expresado en términos dinerarios o en especie[9]. En términos económicos tradicionales, es el monto de dinero que cobra un agente excedentario (prestamista – acreedor) de fondos a un agente deficitario de ellos (prestatario – deudor), por su uso durante determinado periodo de tiempo. La ingeniería económica también aporta sus propios conceptos, tales como que el interés es la manifestación del valor del dinero en el tiempo, y desde una perspectiva de cálculo, es la diferencia entre una cantidad final de dinero y la cantidad original[10].

Existen tantas definiciones como autores sobre la materia, empero no hay que perder de vista que el interés es un término en esencia económico con consecuencias jurídicas. Para Gastón Fernández Cruz se trata de un punto de conexión entre el derecho y la economía, e igualmente describe las diversas concepciones válidas sobre el interés: a) como fruto de un capital; b) como precio del dinero; c) como remuneración por el sacrificio de la privación de un capital; d) como compensación por el no uso del dinero propio; e) como indemnización por su no disfrute; f) como rédito o rendimiento a favor del dueño del dinero por la privación temporal del dinero[11].

Conforme a lo anterior, puede señalarse que: "El interés es un costo que tiene que asumir un deudor, por obtener un dinero en préstamo y/o por incumplir con la devolución oportuna del dinero debido y/o no cancelar una obligación. En términos jurídicos, desde el punto de vista de un deudor, el interés es la contraprestación que paga por usar un capital ajeno, independientemente del título por el cual lo haya recibido; en términos económicos es el precio que debe pagar por utilizar un dinero ajeno. Para el acreedor el interés es la contraprestación que se recibe por la privación temporal del uso o goce de un dinero entregado a tercero; económicamente es el rendimiento que tiene de su capital"[12].

Actualmente se prefiere definir al interés, en términos económicos, señalando que representa el costo (coste) de oportunidad. El costo de oportunidad es la alternativa a la que uno renuncia por tomar determinada decisión y puede estar referido a las ganancias, rendimientos y similares que se pudo lograr si es que no se elegía alternativa diferente. En el caso del dinero, el costo de oportunidad, viene a ser lo dejado de obtener por permitir que terceros hagan uso de un dinero: lo presté a un amigo, pero si lo invertía en "x" negocio pude obtener tal beneficio o tal vez si simplemente lo ponía en el banco para generar algunos ahorros adicionales se hubiera obtenido un rendimiento de x% (interés pagado por el banco).

(8) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial.* Volumen 2. Sexta edición (tercera en Civitas), 2007, p. 282.

(9) COURT, Eduardo, RENGIFO, Erick, ZABOS, Enrique. *Teoría del interés. Métodos cuantitativos para finanzas.* Tomo 1, Cengage Learning, Buenos Aires, 2013, p. 4.

(10) BLANK, Leland y TARQUIN, Anthony, *Ingeniería económica*, 7ª edición, Mc Graw Hill, México 2012, p. 10.

(11) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía", en: *Derecho*, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, N° 45, Lima, 1991, pp. 178-202

(12) POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos, "No estaba muerta, andaba descansando - Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo" en: *Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República*, Año 8, N° 10, Lima, 2016, pp. 305-337.

El costo de oportunidad, es "el valor de la mejor opción no seleccionada" y son los recursos que uno puede ganar si pone a "trabajar su dinero"; en tal sentido cuando uno cobra intereses por el uso del dinero propio por un tercero, lo hace pensando en el mejor beneficio que le depare su decisión.

1. Clasificación de los intereses

La clasificación de los intereses es amplia y diversa, conforme al criterio que se utilice. En el Código Civil se hace referencia principalmente a dos tipos. Por su origen: intereses convencionales o voluntarios e intereses legales; por el momento en que se producen: intereses compensatorios e intereses moratorios.

En el artículo en comento, no se define de manera precisa al **interés compensatorio** cuando se indica que es la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier bien, ya que cualquier bien es una expresión tan amplia que incluye beneficios que exceden su naturaleza, por ejemplo, el cobro de una renta en un contrato de arrendamiento. En este sentido, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, presentado por el Grupo de Trabajo Revisión y Mejoras Código Civil, creado mediante Resolución Ministerial Nº 0300-2016-JUS y modificatorias[13], presenta una definición mejor en su primer párrafo cuando señala que: "El interés es compensatorio cuando constituye la retribución por el uso del dinero o de cualquier otro capital". Cárdenas Quirós[14], por ello prefiere denominarlos como intereses retributivos, pues más allá de compensar algo, es una contraprestación por el uso del dinero. Para Ferrero Costa, de manera genérica, la finalidad del interés moratorio "(...) es mantener el equilibrio patrimonial, evitando que una de las partes obtenga un enriquecimiento al no pagar el importe del rendimiento de un bien (...)"[15].

El **interés moratorio**, también conocido como interés punitorio, tiene por objeto indemnizar la mora en el pago.

Es importante atender al momento en que se devenga un interés compensatorio y/o un moratorio, pues en el momento de inejecución de las obligaciones ambos se superponen, aún cuando su naturaleza es distinta. El art. 1246 del CC por ejemplo, señala que uno puede estar obligado a pagar por concepto de mora el interés compensatorio pactado, que podría entenderse como el cambio de nombre del interés compensatorio en etapa de ejecución. En el Código Civil de 1936 no se hizo distinción normativa entre ambos intereses, regulando solamente los moratorios.

Una diferencia entre ambos intereses, consiste en que el interés compensatorio para existir requiere de un pacto entre las partes, salvo que se trate del contrato de mutuo, en el que aun cuando las partes no lo hayan previsto, existe de manera automática, tal como lo señala el artículo 1633 del Código Civil: "El mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto"; es decir que para el no pago de interés compensatorio debe de manera clara acordarse ello. En armonía con ello, el artículo 26 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, señala que: "Para los efectos del impuesto **se presume**, salvo prueba en contrario constituida por los libros de contabilidad del deudor, **que todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su denominación, naturaleza o forma o razón, devenga un**

(13) Publicado en agosto del 2019.

(14) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: *Themis*. Nº 30, Lima, 1994, pp. 141-148.

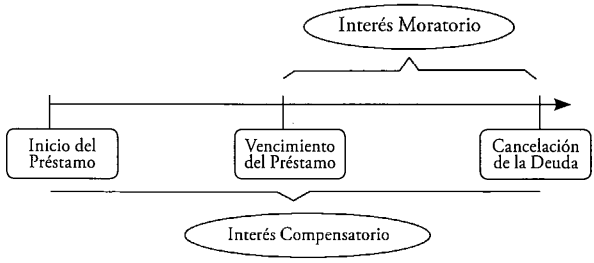
(15) FERRERO, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. 3ª edición, 2ª reimpresión. Grijley, Lima, 2004, p. 192.

interés no inferior a la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN)[16] que publique la Superintendencia de Banca y Seguros. Regirá dicha presunción aun cuando no se hubiera fijado el tipo de interés, se hubiera estipulado que el préstamo no devengará intereses, o se hubiera convenido en el pago de un interés menor (...)", en tal sentido aun cuando las partes nieguen haber cobrado intereses, el acreedor deberá pagar el impuesto a la renta como si estos se hubieran generado salvo que contablemente demuestre lo contrario.

A diferencia del compensatorio, el interés moratorio no necesita pacto previo para su existencia, siendo suficiente para el acreedor, constituir en mora al deudor, sea por intimación o por la existencia de una cláusula de mora automática. A diferencia de cualquier otro tipo de daños que requieren probanza, el artículo 1324 del CC[17], señala que en las obligaciones de pagar sumas de dinero, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, surge desde que el deudor **quedó constituido en mora**; es decir que *iure et de iure* se asume la existencia perjuicios sufridos por el acreedor, que se ven reflejados en los intereses; es por ello que la norma habla de indemnización y no resarcimiento.

Cuando se pacta el interés moratorio por acuerdo entre las partes, lo que se pretende precisar es la tasa a la cual se aplica; por ejemplo en la Casación Nº 577-99-Lima, se concluyó que: "La inejecución de obligación de dar suma de dinero genera intereses moratorios desde que el deudor incurre en mora, sin que sea necesario para ello que se pruebe la existencia de daños y perjuicios"[18]; por ello se reitera que los intereses moratorios en el derecho peruano son mayoritariamente indemnizatorios (fijados por ley) y no necesariamente resarcitorios (variables y probados en su monto); sin perjuicio de la indemnización, el mismo artículo 1324 del CC, prevé que en las obligaciones convencionales se puede ordenar el pago del daño ulterior, previa probanza de su existencia.

Con relación al tiempo, en que se produce, el interés compensatorio se devenga durante la vigencia de la obligación, hasta su pago total; en cambio el interés moratorio solamente se presenta en el momento del incumplimiento de la prestación debida tal como se aprecia en el siguiente gráfico:



Fuente: Internet

(16) Cuando se dictó la Ley del Impuesto a la Renta (1994), téngase presente que la tasa máxima convencional que podían pactar las personas ajenas al sistema financiero, era la TAMN, lo que posteriormente cambiaría con la Circular Nº 021-2007-BCRP (lo que se verá más adelante - *infra 2.3*).

(17) Art. 1324 CC 1984.- "Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.
Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento".

(18) FERNÁNDEZ, César. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 555.

Un sector de la doctrina consideró que en los términos en que se halla redactado el artículo en comentario, el interés compensatorio solamente se podía calcular hasta el momento en que se inicie el moratorio, en tal sentido el artículo 1324 del CC ya mencionado señala que en el momento del incumplimiento el interés compensatorio se devenga en calidad de moratorio. Nuestra posición es que ambos intereses, en la etapa de incumplimiento se devengan juntos, tal como lo establece el Banco Central de Reserva cuando regula las tasas de interés para personas ajenas al Sistema financiero, al establecer como tope del interés moratorio el 15% o 20% del compensatorio, dependiendo si el préstamo de dinero fue en moneda nacional o extranjera. Gómez y Boza[19], sostienen que la Ley Orgánica del BCRP modifica tácitamente las disposiciones del Código Civil y resuelve el problema de que a los intereses compensatorios se les añadirá los intereses moratorios cuando corresponda.

Como se ha afirmado, con relación al monto de la tasa de interés, tal como lo dispone la Circular 018-2019-BCRP que sustituye a la Circular 021-2007-BCRP[20], el interés moratorio, dependiendo si se trata de una operación en moneda nacional o extranjera, tiene como máximo el 15% o 20% del máximo del interés compensatorio permitido convencionalmente (ver siguiente artículo).

Esta limitación respecto a la tasa de interés moratorio, es aplicable a las operaciones que se realizan entre personas (naturales o jurídicas) ajenas al sistema financiero. Las empresas del sistema financiero en virtud del artículo 9 de la Ley 26702, tienen su propio régimen de interés, lo que permite que algunas de estas empresas (generalmente Edypimes, Cajas, etc.), cobren tasas de interés moratorio que superan al propio interés compensatorio.

Mientras que es usual que en los créditos otorgados por los Bancos, el interés compensatorio por un crédito de consumo se pacte entre un 10% a 20% anual y el interés moratorio se establezca entre un 5% al 10% anual (recordar que los topes máximos los fija la libre competencia, como se verá más adelante); las Edypimes, Cajas y similares, cobran como interés compensatorio en créditos de consumo entre 15% a 30%, y suelen establecer como intereses moratorios sumas que superan al interés compensatorio en exceso, por ejemplo 50%. Como el interés compensatorio y el moratorio se aplican de manera simultánea ante el incumplimiento de pago, sucede que en el caso de los Bancos el interés en dicho periodo se obtiene de la suma de ambos intereses (en el ejemplo por decir 20% más 10%, que hacen un total de 30%), pero en el caso de otras entidades del sistema financiero que cobran 30% de interés compensatorio, suman un 50% de interés moratorio, hacen un total de un 80% de interés en tiempo de incumplimiento, lo que en la actual economía nacional, no tiene razón de ser y podría ser usurario.

Probablemente debería establecerse como regla que, en el caso de la Banca, el interés compensatorio sea menor que al interés moratorio, el interés aplicable debe ser solamente el moratorio, en el entendido que este lleva en sí al interés compensatorio. En todo caso, al funcionar el interés moratorio como cláusula penal (no es una cláusula penal, propiamente dicha), se podría solicitar su disminución tal como lo regula el artículo 1346 del CC. Si bien esta posibilidad puede ser criticada desde dos puntos: desde las teorías contrarias al intervencionismo

(19) GÓMEZ APAC, Hugo y BOZA ALZAMORA, Sandy. "Pago de intereses en la legislación peruana", en: *Revista Advocatus*. Nueva Epoca, N° 7, Universidad de Lima 2002, pp. 451-467.

(20) La Circular N° 021-2007-BCRP estuvo vigente hasta el día 30 de setiembre de 2019.

judicial y desde la propia aplicación práctica que supondría que el interés compensatorio suba en perjuicio de los agentes que necesitan dinero.

En el primer supuesto, se trata de una postura ideológica ajena a la que se encuentra en nuestro Código Civil y en el segundo caso, la propia ley de la oferta y la demanda no lo debería permitir. Es cierto que los jueces no deberían entrar a regular aspectos del contrato que desconocen en términos económicos, pero ello podría ser evitado por las instituciones del sistema financiero a través de sus políticas de intereses en los créditos que otorgan en las que el interés refleje el estado de la economía del país (en la que es importante considerar la inflación).

Si las instituciones del sistema financiero decidieran subir sus tasas de interés compensatorio, ello no resultará en su provecho, puesto que a diferencia del interés moratorio que uno no piensa pagar, pues considera que cumplirá con su obligación en tiempo oportuno, el interés compensatorio se tiene muy presente al momento de asumirse la obligación. Hoy por hoy los deudores no piensan en el interés moratorio, que es al final de cuentas el que puede hacer impagable la obligación.

Tanto el interés compensatorio como el moratorio pueden ser expresados en términos nominales o en términos efectivos. Cuando los intereses son pactados en términos nominales (interés simple), el interés que se genera en el periodo no se añade al capital a su vencimiento; en tanto que en el interés efectivo (interés compuesto), sí se suman al capital adeudado el interés que se haya devengado en dicho periodo, por lo que es correcto señalar que el interés efectivo capitaliza el interés, lo que también se conoce con el nombre de anatocismo (ver comentario al art. 1249 CC).

DOCTRINA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Las Obligaciones dinerarias en el Código Civil peruano". En: Revista Athina, N° 2, Lima, 2007; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "El pago de intereses en el Código Civil". En: Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución. Alfredo Soria Aguilar (coordinador), UPC, Lima, 2016; BLANK LELAND y TARQUIN, Anthony, "Ingeniería Económica", 7ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2012; BORDA, Guillermo. "Anatocismo: hasta la palabra es vieja". En: Revista La Ley. Buenos Aires, 1992; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: Themis. N° 30, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil". En: El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1986; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, en: ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991; CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. Analizando el análisis, autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004; COURT, Eduardo, RENGIFO, Erick, ZABOS, Enrique. Teoría del Interés - métodos cuantitativos para finanzas. Tomo 1, Editorial Cengage Learning, Buenos Aires, 2013; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 2. Sexta edición (tercera en Civitas), 2007; FERNÁNDEZ César. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La Naturaleza Jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía", en: Derecho, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, N° 45, Lima, 1991; FERRERO, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª edición, 2ª reimpresión. Grijley, Lima, 2004; GÓMEZ ROJO, María. Historia judicial del anatocismo. 2003; GÓMEZ APAC, Hugo y BOZA ALZAMORA, Sandy. "Pago de intereses en la legislación peruana", en: Revista Advocatus. Nueva Epoca, N° 7, Universidad de Lima, 2002; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Editorial Dykinson, Madrid, 2010; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en: Revista Jurídica del Perú. Año LI N° 21, Trujillo, abril, 2001, recuperado del portal electrónico http://dike.pucp.edu.pe.; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. VXI, Segunda Parte, Tomo VI, Biblioteca para leer el Código Civil.

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio del Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores, Lima, 2008; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. "Instituciones de Derecho Privado Obligaciones". Tomo 1, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006; POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos, "No estaba muerta, andaba descansando - Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo", en Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República, Año 8, N° 10, Lima, 2016; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La capitalización de intereses". En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1990; VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Intereses y tasas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nuestro Código Civil (...) ha señalado en su artículo 1242 que los intereses pueden ser de tipo compensatorio y moratorio. Así, respecto de los primeros, ha precisado que constituyen "la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien", en tanto que los intereses moratorios, los ha definido como aquellos que tienen por objeto "indemnizar la mora en el pago" (STC Exp. N° 2214-2014-PA/TC, f. j. 11).

PLENOS CASATORIOS

Intereses compensatorios y moratorios tienen diferentes finalidades

El artículo 1242 del Código Civil define dos especies de intereses: de un lado, los intereses compensatorios; del otro, los moratorios. El interés compensatorio tiene como único propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo que se produzca un enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha del dinero o de cualquier otro bien, una retribución adecuada por su uso. El interés moratorio, en cambio, es debido por la circunstancia del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Su función es indemnizar la mora en el pago ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 52).***

CORTE SUPREMA

Los intereses moratorios se calculan desde el momento en que se generó la obligación de pago

{C}onstituyendo el interés moratorio, la indemnización por la mora en el pago, coma lo define el artículo 1242 del Código Civil, y siendo que tal retraso o demora resulta imputable únicamente a la demandada en el presente caso, implica su cálculo desde el momento en que se generó la obligación de abonar las pensiones devengadas del actor, esto es. desde el veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, de conformidad con el artículo primero de la Resolución 8132-2004-ONP-DC-DL 19990, de fecha dos de febrero de dos mil cuatro, en atención a las fechas de su cese y de su solicitud de pago de pensión, respectivamente ***(Cas. N° 5128-2013-Lima).***

Clasificación de los intereses

{L}os intereses (...) son frutos civiles de aplicación en todo tipo de obligaciones, que se encuentran regulados en el artículo 1242 del código sustantivo, donde se han clasificado intereses compensatorios, que constituyen la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, cuya finalidad es mantener el equilibrio patrimonial, evitando que una de las partes obtenga un enriquecimiento al no pagar el importe del rendimiento de un bien; y, los intereses moratorios, cuya finalidad es indemnizar la mora en el pago, como resarcimiento del daño sufrido por el acreedor, por el retardo del deudor en la entrega del capital ***(Cas. N° 2039-2006-Tacna).***

Tasa máxima del interés convencional

Artículo 1243.- ***La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.***

Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.

Concordancias:
C.C. arts. 1242, 1246, 1985; LEY 26702 art. 9; LEY 26887 art. 200; LEY 27287 art. 21; Decreto Ley 25920 arts. 1 y 3; Decreto Ley 26123 art. 51

CARLOS E. POLANCO GUTIÉRREZ

Debe diferenciarse de manera clara al interés de la tasa de interés; mientras el interés, en una forma numérica es la diferencia entre una suma entregada y otra recibida, la tasa de interés constituye el rendimiento de la unidad de capital en una determinada unidad de tiempo expresada de manera porcentual.

Cuando el interés pagado respecto a una unidad de tiempo específica se expresa como porcentaje del principal, el resultado es la tasa de interés: si en un año tengo que pagar 57 por una deuda de 50, el interés será 7 y la tasa de interés será del 14%. Si la convertimos en fórmula se tendría:

$$\text{Tasa de interés} = (\text{interés} / \text{cantidad mutuada}) \times 100\%$$

Por ejemplo: Si en un año se devengó intereses por 15 y la cantidad mutuada fue 100, se tiene que:

$$\text{Tasa de interés} = (15/100) \times 100\%$$

$$\text{Tasa de interés} = 15\%$$

En cumplimiento de este mandato legislativo y estando a lo dispuesto por el artículo 51 de la ley N° 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, es obligación de esta institución establecer las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio y legal, para personas ajenas al Sistema Financiero que "(...) deben guardar relación con las tasas de interés prevalecientes en las entidades del Sistema Financiero" (no olvidar que las instituciones del sistema financiero tienen su propia normatividad y que expresan sus intereses en términos efectivos). A partir de octubre del 2019, la regulación se efectúa mediante la Circular N° 018-2019-BCRP[1], que fija las tasas de interés tanto para las empresas del sistema financiero y para las personas ajenas al sistema financiero.

En el caso del interés en operaciones activas (préstamos) y pasivas (ahorros), moneda nacional, la primera regla es que las tasas se fijan en **términos efectivos anuales** y están determinadas por la libre competencia del mercado financiero.

En las operaciones entre personas ajenas al sistema financiero, la regla general es que la tasa máxima de interés convencional compensatorio es equivalente a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa **o a la tasa promedio del sistema financiero para créditos de consumo, la que sea mayor, y es expresada en términos efectivos anuales**[2]. Esta tasa se publicita de manera diaria.

(1) Esta circular ha sido complementada por la Circular N° 020-2019-BCRP y reemplazan a la Circular N° 021-2007-BCRP; a su vez, esta Circular reemplazó a las circulares N° 006-2003-EF/90 y N° 007-2003-EF/90 del 24 de marzo de 2003 y el aviso sobre tasas de interés publicado el 6 de julio de 1991 en el diario oficial *El Peruano*.

(2) Negrita propia y representa el gran cambio con relación a la Circular N° 021-2007-BCRP

TASA MÁXIMAS DE INTERÉS CONVENCIONAL COMPENSATORIO PARA OPERACIONES ENTRE PERSONAS AJENAS AL SISTEMA FINANCIERO

Ingrese Fecha: 06/07/2020 CONSULTAR
(dd/mm/aaaa)

	Moneda Nacional	Moneda Extranjera
Tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa[1]	46,84%	5,57%
Tasa promedio del sistema financiero para créditos de consumo[1]	44,97%	36,10%
Tasa máxima de interés convencional compensatorio para operaciones entre personas ajenas al sistema financiero[2] al 05/07/2020	46,84%	36,10%
Factor acumulado[3]	85.32664	8,12790

1: Fuentes SBS
2: Circular Nº 0018-2019-BCRP y Circular Nº 0020-2019-BCRP
3: Acumulado desde el 01 de octubre de 2007

Fuente: Banco Central de Reserva del Perú(3).

Lo anterior significa que, en el Derecho peruano, a julio del presente año (2020), se puede pactar como tasa máxima de interés, expresada en términos efectivos anuales, el 46,84% si es que la deuda es en moneda nacional; este porcentaje es el monto mayor comparando la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa con la tasa promedio del sistema financiero para créditos de consumo. Si la deuda fuese en moneda extranjera la tasa máxima que se puede cobrar, según la Circular Nº 018-2019-BCRP, es 36.10%, que es la tasa promedio del sistema financiero para créditos de consumo, que largamente supera a la de créditos a la microempresa. Es importante tener en cuenta que, conforme a la anterior Circular Nº 021-2007-BCRP, solo se podía cobrar la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa, es decir el 5,57%, según se aprecia en el cuadro anterior. La suba del tope de la tasa de interés en moneda extranjera para personas ajenas al sistema financiero, no ha sido explicada y no tiene razón de ser en la economía actual.

Con relación a la tasa de interés moratorio, si la obligación es contraída en moneda nacional tiene como tope máximo el 15% del máximo del interés compensatorio, es decir el 15% de 46,84%, lo que equivale a 7,026% en términos efectivos anuales; si la obligación es contraída en moneda extranjera la tasa máxima de interés moratorio a ser pactada es el 20% de 36,10%, lo que equivale a 7,22% en términos efectivos anuales. Si estuviera vigente la Circular Nº 021-2007-BCRP, el interés moratorio en una deuda en dólares no podría superar el 20% de 5,57% (tasa de interés para créditos a la microempresa), es decir 1,114%; notables diferencias que el Banco Central de Reserva del Perú no ha explicado.

Entonces, un acreedor con su deudor, como personas ajenas al sistema financiero, están autorizados para que, en el caso de un mutuo dinerario, pacten como interés compensatorio anual el 46,84%, si la deuda es en soles y, en época de incumplimiento, constituido en mora el deudor, se añada a su obligación un interés del 7,026% (15% del máximo del interés compensatorio). Si las partes convienen un interés del 20% anual, el interés moratorio máximo que pueden acordar seguirá siendo 7,026%, pues el límite se encuentra en la norma y no en el pacto.

(3) Recuperado de: <https://consultasproveedores.bcrp.gob.pe/tasa-max-interes-ajenasSF/web/public/index.php>.

Como se aprecia, las tasas máximas que convencionalmente pueden pactar las personas ajenas al sistema financiero son elevadas; pese a ello no es raro encontrar tasas aún más altas, por ejemplo, en el orden del 5% mensual que, proyectado es el 60% anual de lo adeudado; en estos casos se presentan problemas de usura y/o validez de tales pactos. No olvidar que las instituciones del sistema financiero tienen plena libertad para establecer sus tasas de interés.

La usura puede ser definida como el cobro de intereses por encima de lo permitido por ley; deriva de la palabra latina *usuræ*, que proviene de los vocablos *usus*, derecho de utilización y *ura*, actividad o resultado, es decir que la usura es la ganancia que tiene una persona por el uso de un capital, cobrando tasas de interés que superan los máximos permitidos por ley (desde los inicios de la historia se cuestionaron los intereses al ser confundidos con la usura). Villegas y Schujman, consideran que la palabra *usuræ*, en realidad representaba el precio por el riesgo de un préstamo(4). En la Roma antigua se permitió el pacto adicional que permitía el cobro de intereses, lo que fue denominado *stipulatio usurarum*. Jiménez Vargas-Machuca señala: "La usura se define entonces como aquella situación por la que una persona, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, obliga o hace prometer a otra pagar un interés superior a las tasas máximas de interés permitidas"(5).

La usura se presenta en el mutuo de dinero y no en otro tipo de contratos. El artículo 214 del Código Penal peruano establece que: "El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, obliga o hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con veinte a treinta días-multa. Si el agraviado es persona incapaz o se halla en estado de necesidad, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años."; norma que queda sin contenido conforme lo establecido por la última parte del artículo 1243 que se comenta. Ahora si las partes acuerdan un interés usurario, el pacto no es nulo, como el derecho comparado lo establece.

De la Puente y Lavalle sostiene que no se halla prohibido el pacto de intereses usuarios, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad y conservación contractual, lo que establece el Código Civil es que todo exceso sobre el interés máximo otorgue el derecho al deudor de solicitar su devolución o imputarlo a cuotas futuras de ser el caso(6).

Posición diferente sostiene Barchi Velaochaga, quien considera que el pacto de intereses usurarios es nulo, por ser el artículo 1243 del Código Civil, una norma de orden público: "La sanción no es la devolución o la imputación al capital a voluntad del deudor; estas son, más bien las consecuencias de la sanción"(7). Esta postura se halla en el derecho comparado, mencionando por ejemplo el artículo 1284 del Código Civil italiano(8), que permite los intereses convencionales libremente pactados por las partes, pero señala en el artículo 1815, que es nula la cláusula que establece los intereses que superen el límite permitido por ley, aplicándose de manera automática el interés legal. El artículo 1907 del Código Civil francés establece que

(4) VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. *Intereses y tasas*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 50.
(5) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en: *Revista Jurídica del Perú*. Año LI N° 21, Trujillo, abril, 2001, recuperado del portal electrónico http://dike.pucp.edu.pe.
(6) https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110542.pdf.
(7) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "El pago de intereses en el Código Civil". En: *Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución*. Alfredo Soria Aguilar (coordinador), UPC, Lima, 2016, pp. 166-167.
(8) Artículo 1284 CC italiano.- "Los intereses superiores a la medida legal deben ser determinados por escrito, de otra manera son debidos en la medida legal".

"(...) El interés contractual puede exceder al de la ley, tantas veces como no lo prohíba la ley. El tipo del interés contractual debe fijarse por escrito".

La Casación N° 2402-98-Lima, sobre la infracción a dicha norma, señala que "(...) El artículo mil doscientos cuarenta i tres segundo párrafo del Código Civil vigente no ha sancionado con la nulidad total el acto jurídico que contiene intereses usurarios, sino que solamente se entiende que el acto es ineficaz, no produce efectos en cuanto los intereses pactados son superiores o los establecidos por el Banco Central de Reserva, lo que evidencia aún más que el Código Civil ha optado por el principio de conservación contractual"(9).

En la Casación N° 1549-97-Santa, se señaló que por efecto de la Ley N° 26702, no existen tasas de interés máximas, desde que se expidió dicha norma al establecer que las empresas del sistema financiero fijan libremente sus tasas de interés, lo que parcialmente es correcto como se señalará más adelante. La referida casación señaló que "(...) Tratándose de la actividad de intermediación financiera, a la cual se dedica la recurrente, no le es aplicable la disposición contenida en el primer párrafo del Artículo mil doscientos cuarenta i tres del Código Civil, es decir, no hay una tasa máxima fijada por el Banco Central de Reserva. (...) Que, en efecto, las empresas del sistema financiero pueden fijar libremente las tasas de interés, tal como lo dispone el Artículo nueve de la Ley número veintiséis mil setecientos dos"(10).

DOCTRINA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Las Obligaciones dinerarias en el Código Civil peruano". En: Revista Athina, N° 2, Lima, 2007; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "El pago de intereses en el Código Civil". En: Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución. Alfredo Soria Aguilar (coordinador), UPC, Lima, 2016; BLANK LELAND y TARQUIN, Anthony, "Ingeniería Económica", 7ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2012; BORDA, Guillermo. "Anatocismo: hasta la palabra es vieja". En: Revista La Ley. Buenos Aires, 1992; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: Themis. N° 30, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil". En: El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1986; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, en: ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991; CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. Analizando el análisis, autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004; COURT, Eduardo, RENGIFO, Erick, ZABOS, Enrique. Teoría del Interés - métodos cuantitativos para finanzas. Tomo 1, Editorial Cengage Learning, Buenos Aires, 2013; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 2. Sexta edición (tercera en Civitas), 2007; FERNÁNDEZ César. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La Naturaleza Jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía", en: Derecho, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, N° 45, Lima, 1991; FERRERO, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª edición, 2ª reimpresión. Grijley, Lima, 2004; GÓMEZ ROJO, María. Historia judicial del anatocismo. 2003; GÓMEZ APAC, Hugo y BOZA ALZAMORA, Sandy. "Pago de intereses en la legislación peruana", en: Revista Advocatus. Nueva Epoca, N° 7, Universidad de Lima, 2002; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Editorial Dykinson, Madrid, 2010; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en: Revista Jurídica del Perú. Año LI N° 21, Trujillo, abril, 2001, recuperado del portal electrónico http://dike.pucp.edu.pe.; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. VXI, Segunda Parte, Tomo VI, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio del Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores, Lima, 2008; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. "Instituciones de Derecho Privado Obligaciones". Tomo 1,

(9) Casación publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21/01/2000.

(10) Casación publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18/10/1998.

1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006; POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos, "No estaba muerta, andaba descansando - Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo", en Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República, Año 8, N° 10, Lima, 2016; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La capitalización de intereses". En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1990; VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Intereses y tasas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Tasa máxima de interés convencional compensatorio o moratorio fijada por el Banco Central de Reserva del Perú busca evitar la usura

El primer párrafo del artículo 1243 exige que sea el Banco Central de Reserva el que fije la tasa máxima del interés convencional compensatorio y moratorio, a fin de evitar que impere la usura. El segundo párrafo del mencionado artículo consagra una regla de justicia. Su texto dispone que cualquier exceso sobre la tasa máxima originará la devolución o la imputación al capital, a voluntad del deudor. En consecuencia, tal circunstancia no dará lugar a la nulidad del contrato correspondiente ni a la suspensión del pacto de intereses ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 52).***

CORTE SUPREMA

No se puede fijar una tasa superior a la consignada por el Banco Central de Reserva

Las partes suscribieron el contrato de arrendamiento con fecha veinticinco de enero de dos mil doce el cual acredita el vínculo contractual entre las partes consignándose la tasa del quince por ciento (15%) anual no resultando por ende ilegal al ceñirse a lo previsto por la Circular N° 021-2007-BCRP no obstante equivale a la tasa del interés convencional moratorio fijada por el Banco Central de Reserva del Perú al quince por ciento (15%) anual por lo que resulta evidente que la tasa pactada en dicho contrato es mayor a la máxima establecida por la entidad reguladora para las operaciones entre las personas ajenas al sistema financiero coligiéndose por tanto que dicho acuerdo no puede convalidarse al tratarse de un pacto que contraviene lo previsto por el artículo 1243 del Código Civil por haberse fijado un interés superior al permitido por el Banco Central de Reserva del Perú ***(Cas. N° 3644-2014-Cusco).***

No es causal de nulidad el supuesto en el que la tasa de intereses es superior a la fijada por el BCR

{A}l respecto, César Fernández Fernández al comentar el artículo 1243 del código sustantivo, refiere que "(...) la fijación de las mencionadas tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio, reguladas por el Banco Central de Reserva del Perú, es aplicable para las operaciones de crédito que realicen los particulares, es decir, aquellas personas que no están comprendidas dentro del sistema financiero. (...) {E}n cuanto a la segunda parte del artículo en comentario, es decir, en el supuesto de que la tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio sobrepasara la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, se establece que cualquier exceso sobre la misma da lugar: a voluntad del deudor: a) a la devolución; o, b) a la imputación del capital. Ello significa que si se cobrara un interés más allá de lo establecido por el Banco Central de Reserva del Perú, no se ocasionará la nulidad del contrato, sino cualquiera de los dos supuestos anteriormente mencionados ***(Cas. N° 1217-2013-Lima).***

Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente su tasa de interés

{T}ratándose de bancos, la norma específica para estos casos es la Ley N° 26702, la que, precisamente, en su artículo 9, establece que las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios; que para la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su ley orgánica; y que la disposición del primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil, no alcanza a la actividad de intermediación financiera ***(Cas. N° 1309-2005-Huánuco).***

PLENOS JURISDICCIONALES DISTRITALES

Tasa de interés máxima es la que se publica en el diario *El Peruano*

Si al asumirse una obligación de crédito entre particulares no quedó determinada de modo específico la tasa de interés, y esta se remite a una tasa que debe determinarse tomando como referencia las tasas máximas fijadas por ley; en tal caso el deudor deberá pagar lo estipulado en el pacto, debiendo para tal efecto determinar la tasa aplicable, atendiendo a la publicación diaria que para tal efecto se realiza en el diario oficial El Peruano ***(I Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial 2014 Lima. Acuerdo tema 4).***

Tasa de interés legal

Artículo 1244.- *La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.*

Concordancias:
C.C. arts. 1245, 1269, 1324; C.P.C. arts. 419, 423, 568, 628, 654, 676, 807; C.T. art. 33; LEY 26702 arts. 117, 120

CARLOS E. POLANCO GUTIÉRREZ

Se denomina tasa de interés legal a la que fija el Banco Central de Reserva del Perú de manera diaria y se utiliza cuando existe obligación de pagar intereses, pero o no se ha fijado la tasa o el monto de los mismos.

Dentro de la diversa clasificación que pueden tener los intereses, se destaca la de intereses **voluntarios** y la de los intereses legales. Los intereses voluntarios son conocidos como intereses convencionales, afirmación no muy precisa, pues como Cárdenas Quirós, de manera acertada, señala que los intereses si bien pueden derivarse de un contrato o un acuerdo negociado por las partes, también pueden derivarse de una disposición testamentaria, por lo que una correcta denominación sería la de intereses voluntarios(1).

Los intereses son **legales**, cuando nacen por mandato expreso de la ley, como por ejemplo en el contrato de mutuo dinerario, cuando las partes no han expresado nada respecto a la existencia de intereses. No es adecuado ejemplificar la obligación de pagar intereses derivados de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1985 del Código Civil), como interés legal, pues se trata de intereses sancionatorios nacidos por mandato de la Ley. El interés legal puede ser retributivo y moratorio. Es retributivo mientras no se halle la obligación en su etapa de inejecución.

No debe confundirse la **tasa de interés legal** con el **interés legal**. El artículo 1244 en comentario, establece que el Banco Central de Reserva del Perú fija la tasa de interés legal, que se puede aplicar al interés legal o al interés voluntario; en este último caso, siempre que no se haya pactado otra tasa. Durante la vigencia del Código Civil de 1936, el artículo 1325, estableció que "El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de cinco por ciento al año", norma que por su rigidez no era correcta, pues en periodos de gran inflación podía resultar insignificante y en periodos de baja inflación, podría ser excesiva. La regulación vigente permite una regulación del dinero más acorde al momento en que se desarrolla la economía; es por ello que mediante Ley N° 23413 se estableció que el interés legal sea fijado de manera periódica por el Banco Central de Reserva del Perú. El Código Civil de 1852, de manera ciega estableció en su artículo 1274 que el interés era del seis por ciento anual.

Se conocen dos tipos de tasa de interés legal, la que es expresada en términos efectivos y la que es expresada en términos nominales. Una tasa de interés efectiva añade al capital adeudado, el interés que se produce (devenga) en un determinado periodo, haciendo una nueva deuda (capital más interés legal). En el interés legal a tasa nominal, el interés no se suma al capital, siendo un ejemplo de ello el Decreto Ley N° 25920, que en el artículo uno señala que el interés para la deuda laboral se expresará que se aplica la tasa de interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, sin que se capitalice.

(1) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil". En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Editorial Cuzco, Lima, 1986, p. 333.

En términos numéricos la tasa de interés legal efectiva y la tasa de interés legal laboral, son idénticos, la diferencia se presentará en el tiempo, lo que se reflejará en el factor acumulado, tal como se aprecia en los siguientes cuadros, en los que se aprecia la capitalización del interés aplicada al interés efectivo.

Tasa de Interés Legal Efectiva al 11/11/2019

Moneda Nacional	2.24%	Anual	Factor Diario	0.00006
			*Factor Acumulado[1]	7.64043
Moneda Extranjera	0.84%	Anual	Factor Diario	0.00002
			*Factor Acumulado[1]	2.08240
1. Acumulado desde el 16 de septiembre de 1992				

Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP(2).

Tasa de Interés Legal Laboral/Nominal al 11/11/2019

Moneda Nacional	2.22%	Anual	Factor Diario	0.00006
			*Factor Acumulado[1]	1.95886
Moneda Extranjera	0.84%	Anual	Factor Diario	0.00002
			*Factor Acumulado[1]	0.71074
1. Acumulado desde el 03 de diciembre de 1992				

Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP(3).

¿Cómo se evidencia el fenómeno de la capitalización de intereses que está contenido en el interés efectivo? La respuesta se encuentra en el siguiente cuadro en el que se efectúa la comparación de una tasa de interés del 5% (para que el efecto del cálculo sea más fácilmente apreciado), expresada en términos nominales y efectivos:

Periodo	Capital	5%	Nominal		Capital	5%	Efectivo
1	10,000	500	10,500		10,000	500	10,500
2	10,000	500	11,000		10,500	525	11,025
3	10,000	500	11,500		11,025	551	11,576
4	10,000	500	12,000		11,576	579	12,155
5	10,000	500	12,500		12,155	608	12,763
6	10,000	500	13,000		12,763	638	13,401
7	10,000	500	13,500		13,401	670	14,071
8	10,000	500	14,000		14,071	704	14,775
9	10,000	500	14,500		14,775	739	15,513
10	10,000	500	15,000		15,513	776	**16,289**

Elaboración propia.

(2) Recuperado de http://www.sbs.gob.pe/app/pp/EstadisticasSAEEPortal/Paginas/TILegalEfectiva.aspx.
(3) Recuperado de https://www.sbs.gob.pe/app/stats/TasaDiaria_9.asp.

Se observa que en ambos casos (nominal o efectivo) la tasa de interés es la misma, pero las consecuencias en el tiempo son diferentes, justamente por el fenómeno de la capitalización. En el primer caso un interés nominal del 5 % en diez periodos se convierte en un 50 % de interés; en el interés efectivo el 5 % al cabo de periodos el rendimiento es 62.89 % de interés, lo que significa que una tasa de interés efectivo del 5 % en diez periodos es igual a una tasa de 6.289 % en el mismo tiempo.

La tasa de interés legal que publica de manera diaria la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, es equivalente a la tasa de interés promedio ponderado de las tasas pagadas sobre los depósitos en moneda nacional (TIPMN), incluidos aquellos a la vista, por las empresas bancarias y financieras y es expresada en términos efectivos anuales; en el caso del interés legal en operaciones en moneda extranjera, la referencia será a los depósitos en moneda extranjera (TIPMEX).

En el caso de depósitos administrativos y judiciales en consignación y custodia, que se efectúan en el Banco de la Nación, la tasa de interés legal es equivalente a la tasa promedio de los depósitos de ahorro en moneda nacional o extranjera (según sea el caso), en las empresas bancarias y es expresada en términos efectivos anuales. Esta tasa es publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Finalmente, consideramos que hay un error evidente en la regulación de la tasa de interés legal en términos nominales en materia laboral y no efectivos pues ello supone una sanción al acreedor trabajador y un privilegio para el empleador que en tiempo de mora se verá obligado a pagar un interés menor al del tiempo de normalidad. Para ilustrar deberá tenerse en cuenta, por ejemplo, que la Compensación por Tiempo de Servicio, que depositada en una institución financiera proporciona interés efectivo del 7 % anual, cuando el trabajador cesa en sus labores y el empleador deja de cumplir se reduce a un aproximado de 2.5 % en términos nominales, lo que significa que en época de incumplimiento la obligación del deudor es menor a la de cumplimiento, lo que genera un incentivo perverso para incumplir con el pago de la obligación.

En la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00962-2015-PA/TC, el máximo intérprete de la Constitución Política del Estado, sostiene que el interés aplicable a las deudas pensionarias, es decir el que capitaliza intereses (fundamento 12), precisando que el artículo 1249 del Código Civil que prohíbe la capitalización de intereses, solamente es una prohibición para los pactos, pero no para los intereses legales: los particulares no podrían pactar el pago de intereses efectivos, pero sí puede establecerse ello en el interés fijado por ley (Fundamento 34), pero omite el Tribunal señalar que las tasas de interés convencional en su forma de cálculo, en virtud de lo establecido por el artículo 51 del Decreto Ley N° 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, que precisa que al momento de fijar las tasas de interés para operaciones entre personas ajenas al sistema financiero "(...) se respete la libre competencia, teniendo presente las tasas de interés aplicable por las Instituciones del Sistema Financiero", que se fijan en términos efectivos.

Sin embargo, de manera contradictoria a lo resuelto y considerado, en los votos singulares de los magistrados del Tribunal Constitucional en la sentencia referida, hacen mención a que no se apartan de la doctrina jurisprudencial vinculante recaída en el Expediente N° 02214 2014-PA/TC, la que se encuentra contenida en el Fundamento 20, que estableció: "Conforme a lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable, conforme al artículo 1249 del Código Civil".

DOCTRINA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Las Obligaciones dinerarias en el Código Civil peruano". En: Revista Athina, N° 2, Lima, 2007; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "El pago de intereses en el Código Civil". En: Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución. Alfredo Soria Aguilar (coordinador), UPC, Lima, 2016; BLANK LELAND y TARQUIN, Anthony, "Ingeniería Económica", 7ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2012; BORDA, Guillermo. "Anatocismo: hasta la palabra es vieja". En: Revista La Ley. Buenos Aires, 1992; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: Themis. N° 30, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil". En: El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1986; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, en: ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991; CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. Analizando el análisis, autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004; COURT, Eduardo, RENGIFO, Erick, ZABOS, Enrique. Teoría del Interés - métodos cuantitativos para finanzas. Tomo 1, Editorial Cengage Learning, Buenos Aires, 2013; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 2. Sexta edición (tercera en Civitas), 2007; FERNÁNDEZ César. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La Naturaleza Jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía", en: Derecho, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, N° 45, Lima, 1991; FERRERO, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª edición, 2ª reimpresión. Grijley, Lima, 2004; GÓMEZ ROJO, María. Historia judicial del anatocismo. 2003; GÓMEZ APAC, Hugo y BOZA ALZAMORA, Sandy. "Pago de intereses en la legislación peruana", en: Revista Advocatus. Nueva Epoca, N° 7, Universidad de Lima, 2002; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Editorial Dykinson, Madrid, 2010; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en: Revista Jurídica del Perú. Año LI N° 21, Trujillo, abril, 2001, recuperado del portal electrónico http://dike.pucp.edu.pe.; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. VXI, Segunda Parte, Tomo VI, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio del Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores, Lima, 2008; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. "Instituciones de Derecho Privado Obligaciones". Tomo 1, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006; POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos, "No estaba muerta, andaba descansando - Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo", en Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República, Año 8, N° 10, Lima, 2016; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La capitalización de intereses". En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1990; VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Intereses y tasas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El BCR es el regulador de la moneda

*De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1244 del código sustantivo, la tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva (BCR), por cuanto, en el marco del diseño constitucional, el BCR es el órgano regulador de la moneda y del crédito del sistema financiero (**STC Exp. N° 2214-2014-PA/TC**).*

CORTE SUPREMA

El interés legal es fijado por el BCR

*Se entiende que el interés moratorio debe ser previamente pactado, caso contrario, el deudor solo podrá pagar el interés compensatorio acordado; y cuando no se dé una u otra situación, se aplicará a la mora el interés legal (**Cas. N° 2387-2012-La Libertad**).*

Pago de interés legal a falta de pacto

Artículo 1245.- ***Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal.***

Concordancias:
C.C. arts. 1244, 1324, C.P.C. arts. 419, 423

CARLOS E. POLANCO GUTIÉRREZ

El Código Civil de 1936 estableció que en el contrato de mutuo no se debía pagar intereses, sino en el caso de estar pactados, pero en dicho pacto de intereses las partes podían señalar que la tasa de interés aplicable sea la legal o pactar una permitida por ley o simplemente omitir la tasa de interés y se aplicaba la tasa de interés legal. El actual artículo 1663 del CC 1984, parte de un supuesto contrario y regula que todo contrato de mutuo genera intereses, salvo pacto en contrario (presunción *juris tantum)* y como sucedía con el Código Civil de 1936, el interés en el mutuo puede ser establecido en una tasa convencional o voluntaria que respete lo establecido por el artículo 1243 del CC o ante tal ausencia se aplique la tasa de interés legal.

Actualmente, cuando se celebra un contrato de mutuo, aun cuando las partes no lo han mencionado, se genera la obligación del mutuatario de abonar los intereses compensatorios (retributivos) que origina el préstamo, pero al no haberse establecido en el contrato correspondiente, el interés a pagarse será calculado conforme a la tasa de interés legal. Si en alguna otra obligación o inclusive en el mutuo se pactara de manera expresa la obligación del pago de intereses compensatorios y no se estableciera el monto, el cálculo se utilizará aplicando la tasa de interés legal.

Como se ha señalado, la tasa de interés puede estar definida en términos efectivos o nominales, lo que plantea una primera dificultad ¿qué tasa de interés legal se utilizará? Si se utiliza la tasa de interés legal efectiva se estaría capitalizando el interés, lo que en apariencia prohíbe el artículo 1249 del propio CC; si se aplicara para una relación civil la tasa de interés legal laboral, expresada en términos nominales, tampoco sería una solución correcta pues esta solamente se aplica a la deuda laboral.

Esto plantea otro contrasentido, siguiendo al Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia 00962-20015-PA/TC, al momento de comentar el artículo anterior, cuando señala que el artículo 1249 del CC está referido a las obligaciones en las que no interviene el Estado, sino que solamente particulares y está referido a los intereses voluntarios (convencionales) y no a los legales, pues significaría que si las partes se ponen de acuerdo en la tasa de interés (independientemente a su monto) lo tendrían que hacer en términos nominales, pero si es que no mencionan la tasa de interés esta podría ser aplicada en términos efectivos.

Barchi Velaochaba afirma que una solución para no infringir la prohibición del anatocismo es convertir la tasa de interés efectiva a términos nominales, lo que es perfecto cuando se tiene una obligación determinada y cumplida en el tiempo pactado, pero que presenta dificultades en época de incumplimiento. Ejemplificando diremos que una obligación que genera un interés del 10% anual (cantidad que se utiliza para hacer más fácil la comprensión) en dos años genera un interés nominal del 20%, es decir que una deuda de 100, al cabo de dos años se debe pagar 120 en total (capital + interés); en términos efectivos sería 100+10= 110 en el primer año y en el segundo 110+11=121, por lo que la deuda total sería 121. Si uno

desea comparar ambos intereses se tiene que el interés anual efectivo del 10% en dos años es igual al interés nominal de 10.5 % por el mismo periodo (cada año el interés sería 10.5). Hasta allí todo claro, pero si la deuda no se paga en tiempo oportuno, se genera una tasa de interés incierta que si bien se podría liquidar en plena ejecución de sentencia, no permite que se establezca un monto preciso al pactarse el interés, por lo que el pacto tendría una cláusula abierta: "se pacta por concepto de interés efectivo de 'x' que se convertirá a términos nominales el día de su pago total".

En todo caso, consideramos que la tasa de interés legal aplicable es la que está expresada en términos efectivos, lo que se explicará de manera más amplia al desarrollar el artículo 1249 del CC.

DOCTRINA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Las Obligaciones dinerarias en el Código Civil peruano". En: Revista Athina, N° 2, Lima, 2007; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "El pago de intereses en el Código Civil". En: Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución. Alfredo Soria Aguilar (coordinador), UPC, Lima, 2016; BLANK LELAND y TARQUIN, Anthony, "Ingeniería Económica", 7ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2012; BORDA, Guillermo. "Anatocismo: hasta la palabra es vieja". En: Revista La Ley. Buenos Aires, 1992; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: Themis. N° 30, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil". En: El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1986; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, en: ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991; CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. Analizando el análisis, autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004; COURT, Eduardo, RENGIFO, Erick, ZABOS, Enrique. Teoría del Interés - métodos cuantitativos para finanzas. Tomo 1, Editorial Cengage Learning, Buenos Aires, 2013; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 2. Sexta edición (tercera en Civitas), 2007; FERNÁNDEZ César. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La Naturaleza Jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía", en: Derecho, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, N° 45, Lima, 1991; FERRERO, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª edición, 2ª reimpresión. Grijley, Lima, 2004; GÓMEZ ROJO, María. Historia judicial del anatocismo. 2003; GÓMEZ APAC, Hugo y BOZA ALZAMORA, Sandy. "Pago de intereses en la legislación peruana", en: Revista Advocatus. Nueva Epoca, N° 7, Universidad de Lima, 2002; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Editorial Dykinson, Madrid, 2010; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en: Revista Jurídica del Perú. Año LI N° 21, Trujillo, abril, 2001, recuperado del portal electrónico http://dike.pucp.edu.pe.; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. VXI, Segunda Parte, Tomo VI, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio del Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores, Lima, 2008; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. "Instituciones de Derecho Privado Obligaciones". Tomo 1, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006; POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos, "No estaba muerta, andaba descansando - Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo", en Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República, Año 8, N° 10, Lima, 2016; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La capitalización de intereses". En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1990; VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Intereses y tasas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Interés legal se aplica cuando las partes no han fijado la tasa

Cuando las partes han convenido en el pago de intereses, pero no han acordado la tasa, el deudor abona el interés legal (art. 1245 del CC). En caso de haberse pactado intereses compensatorios, pero sin haber fijado su tasa, se aplica el interés legal

fijado por el BCR; si no se han pactado intereses moratorios, se aplican los intereses compensatorios pactados o, en su defecto, el interés legal (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 52).

CORTE SUPREMA

Si no se estipuló la tasa se aplica la legal

Advirtiéndose que las partes hayan pactado interés alguno, por lo que las normas que se dicen inaplicadas han sido violentadas, contrario sensu. Es más, de la demanda de fojas diez consta que el bajo demandante reclama, entre otros, el pago de los "intereses devengados y por devengarse", y no reclama intereses pactados (...). Es preciso señalar que cuando deba apagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal, conforme lo establece el artículo 1245 del Código Civil (Cas. N° 759-2003-Lima).

Los intereses legales son accesorios a los convencionales

[D]el contrato de garantía se aprecia que las partes no pactaron la tasa de interés, por lo que (...) le corresponde a la recurrente pagar los intereses legales (Cas. N° 841-2003-Arequipa).

PLENOS JURISDICCIONALES NACIONALES

Interés legal se aplica a las pensiones de alimentos devengadas

*Para efectuar la liquidación de las pensiones devengadas y el cálculo de los intereses, se debe aplicar la tasa de interés legal simple (**Pleno Jurisdiccional Nacional Familia 2009. Acuerdo 1**).*

PLENOS JURISDICCIONALES DISTRITALES

Liquidación de intereses a favor de cesionario de obligación a favor de banco se calculará sobre los intereses legales y los pactados

*Cuando el cesionario se incorpora al proceso y solicita el pago intereses vía liquidación, el juez debe ordenar que la liquidación de intereses a favor del cesionario sean los intereses legales y los intereses pactados **(I Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial 2014 Lima. Acuerdo tema 2).***

A cesionario de obligación a favor de banco le corresponde el pago de los intereses legales y los pactados por la entidad financiera

*Cuando el cesionario se incorpora al proceso y solicita el pago de intereses vía liquidación, el juez debe hacer un corte en la liquidación de intereses, el primero hasta la fecha de la cesión se pagan los intereses pactados y el segundo, a partir de la cesión se pagan los intereses legales **(I Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial 2014 Lima. Acuerdo tema 2).***

Intereses legales de pensión deben computarse desde la fecha en que se debió otorgar la pensión

*La obligación de pago de intereses legales debe computarse desde la fecha en que la ONP incumplió la obligación principal (entiéndase la obligación de otorgamiento de la correspondiente pensión) **(Pleno Jurisdiccional Distrital Civil 2009 Lima. Acuerdo 2, tema 1).***

A pensiones impagas les corresponde el interés legal no capitalizable

*Conforme con lo establecido por el Tribunal Constitucional en las STC N°s 65-2002- PA/TC y 1087-2004-PA/TC, la obligación de pago de intereses legales provenientes de la materia previsional (pensiones) debe efectuarse según lo establecido en el artículo 1242 del Código Civil. Es decir, se debe pagar el interés legal no capitalizable **(Pleno Jurisdiccional Distrital Civil 2009 Lima. Acuerdo 1, tema 2).***

Interés legal de deudas actualizadas se aplica desde el día siguiente de la fecha de su actualización

*El interés legal de deudas actualizadas se aplica a partir del día siguiente de la fecha de su actualización, la misma que debe ser determinada en la resolución de primera instancia **(Pleno Jurisdiccional Distrital Civil, Familia, Laboral y Penal 2007 Ica. Acuerdo 13).***

Pago del interés por mora

Artículo 1246.- ***Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.***

Concordancias:
C.C. arts. 1242, 1324, 1333, 1334; C.T. art. 33

CARLOS E. POLANCO GUTIÉRREZ

Lo primero que debe señalarse es que el interés moratorio no necesita ser pactado, pues nace con el incumplimiento del deudor y desde el momento en que se produce la mora; en el caso de la obligación dineraria, se halla regulado en el artículo 1324 del CC, que dispone que las obligaciones de dar suma de dinero, desde el día en que el deudor incurre en mora, se devenga el interés legal, sin necesidad de acreditar que se ha sufrido daño alguno y si antes de la mora se debían intereses mayores (entiéndase intereses compensatorios), estos continúan devengándose como intereses moratorios.

En una primera aproximación se podría concluir que el artículo 1324 del CC está regulando lo mismo que el artículo 1246 del CC, lo que no es del todo acertado, puesto que, sobre la base del principio del legislador no redundante, se tendría que establecer que el contenido de la norma en comento está referido a la obligación no pecuniaria y no a la deuda pecuniaria como la jurisprudencia y doctrina lo ha venido entendiendo

En el Anteproyecto de Reforma de Código Civil, presentado por el Grupo de Trabajo Revisión y Mejoras Código Civil, creado mediante Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS y modificatorias, se hace esta precisión señalando que el artículo está referido a la obligación no pecuniaria: artículo 1246 del Proyecto: "Interés moratorio en obligación no pecuniaria En la obligación no pecuniaria, si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal". En la exposición de motivos se explica que existe confusión cuando se aplica a obligaciones dinerarias, las que deben resolverse con la regla del artículo 1324 del CC y no la de la norma en comento.

Como se ha señalado, tanto la jurisprudencia civil y la constitucional, así como un gran sector de la doctrina han aplicado el artículo 1246 del CC al momento de establecer la solución a los problemas en obligaciones de dar suma de dinero (pecuniaria). Un ejemplo de lo primero se halla, en la Casación N° 841-2003-Arequipa[1], en la que se prefiere inclusive el artículo 1246 al artículo 1334 se estableció que "(...) **Octavo.-** Respecto a la denuncia in iudicando, señala que se han inaplicado los artículos 1245, 1246 y 1334 del Código Civil, referido al pago de interés legal a falta de pacto, pago del interés por mora y la mora en obligaciones de dar sumas de dinero, manifiesta que la Sala habría incurrido en error al ordenar el pago del interés que fijan los bancos comerciales y además al ordenar el pago de intereses a partir del vencimiento de la obligación sin especificar el tipo y la tasa, por cuanto a tenor de los dispositivos dejados de aplicar solo se reconoce el interés compensatorio y el moratorio; a falta de estipulación rige el interés legal, además de operar el interés a partir de la citación con la demanda. **Noveno.-** En tal sentido, el artículo 1245 del Código Civil, prescribe que "Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés

(1) Casación publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 03/11/2004.

legal", asimismo, el artículo 1246 establece que "Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal"; consecuentemente, cabe señalar que del contrato de garantía de fojas tres, se aprecia que las partes no pactaron la tasa de interés; por lo que en aplicación de los anotados numerales, le corresponde a la recurrente pagar los intereses legales; por lo tanto, este extremo de la denuncia merece ser amparado (...)".

Con relación a la jurisprudencia constitucional, se cita a guisa de ejemplo la mencionada STC Exp. N° 00962-20015-PA/TC, cuando señala que: "Fundamento 36. En consecuencia, habiéndose acreditado la vulneración del derecho pensionario del demandante, corresponde ordenar el pago de los devengados, intereses y costos del proceso según lo dispuesto por el artículo 81 del Decreto Ley N° 19990, el artículo 1246 del Código Civil y el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, respectivamente."

Cardenas Quirós[2] considera que los artículos 1246 y 1324 del CC, son normas vinculadas, dando a entender que tendría una relación género-especie, siendo el género el artículo 1236 del CC y la especie el artículo 1324 del CC, solamente referido a obligaciones dinerarias, opinión compartida por Osterling Parodi y Castillo Freyre[3]; pudiendo presentarse hasta tres posibilidades:

- Pacto de interés compensatorio, pero no moratorio; en este supuesto el interés compensatorio continúa devengándose, sin aplicar el interés moratorio; empero si el interés compensatorio es menor al interés legal, se aplicará el interés legal.
- Inexistencia de interés compensatorio y pacto de interés moratorio; en este supuesto el interés moratorio aplicable será el establecido por las partes con los límites previstos por el artículo 1243 del Código Civil, en caso que no se haya fijado tasa de interés, se aplicará el interés legal.
- No pacto de interés compensatorio ni moratorio; en este supuesto y en caso de ser una obligación diferente al mutuo dinerario, se pagará desde el momento de la mora, el interés legal.

Con la propuesta de modificatoria del Código Civil, que precisa la aplicación de la norma en comento para las obligaciones no pecuniarias, debe tenerse presente que las prestaciones de hacer y no hacer, no generan interés, máxime que la nueva definición propuesta en el artículo 1242 del CC sobre interés, de manera correcta lo limita al dinero u otro capital, por lo que deberá tenerse presente el artículo 1247.

DOCTRINA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Las Obligaciones dinerarias en el Código Civil peruano". En: Revista Athina, N° 2, Lima, 2007; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "El pago de intereses en el Código Civil". En: Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución. Alfredo Soria Aguilar (coordinador), UPC, Lima, 2016; BLANK LELAND y TARQUIN, Anthony, "Ingeniería Económica", 7ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2012; BORDA, Guillermo. "Anatocismo: hasta la palabra es vieja". En: Revista La Ley. Buenos Aires, 1992; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: Themis. N° 30, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil". En: El

(2) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, en: ARIAS-SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991, p. 249.

(3) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las obligaciones*. Vol VXI, Segunda Parte Tomo VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 202.

Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1986; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, en: ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991; CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. Analizando el análisis, autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004; COURT, Eduardo, RENGIFO, Erick, ZABOS, Enrique. Teoría del Interés - métodos cuantitativos para finanzas. Tomo 1, Editorial Cengage Learning, Buenos Aires, 2013; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 2. Sexta edición (tercera en Civitas), 2007; FERNÁNDEZ César. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La Naturaleza Jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía", en: Derecho, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, N° 45, Lima, 1991; FERRERO, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª edición, 2ª reimpresión. Grijley, Lima, 2004; GÓMEZ ROJO, María. Historia judicial del anatocismo. 2003; GÓMEZ APAC, Hugo y BOZA ALZAMORA, Sandy. "Pago de intereses en la legislación peruana", en: Revista Advocatus. Nueva Epoca, N° 7, Universidad de Lima, 2002; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Editorial Dykinson, Madrid, 2010; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en: Revista Jurídica del Perú. Año LI N° 21, Trujillo, abril, 2001, recuperado del portal electrónico http://dike.pucp.edu.pe.; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. VXI, Segunda Parte, Tomo VI, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio del Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores, Lima, 2008; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. "Instituciones de Derecho Privado Obligaciones". Tomo 1, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006; POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos, "No estaba muerta, andaba descansando - Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo", en Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República, Año 8, N° 10, Lima, 2016; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La capitalización de intereses". En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1990; VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Intereses y tasas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pago de intereses en las pensiones de jubilación o invalidez

Quien se considere titular de una pensión de jubilación o invalidez de cualquiera de los regímenes previsionales existentes, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio iuria novit curia, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional (STC Exp. N° 05430-2006-PA/TC, f. j. 14).

Pago de intereses en las pensiones de supervivencia

Quien se considere titular una pensión de sobrevivientes (viudez, orfandad o ascendientes) de cualquier régimen previsional, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio iuria novit curia, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional (STC Exp. N° 05430-2006-PA/TC, f. j. 14).

Puede acudir al Recurso de Agravio Constitucional si no llegaron a fijar el pago de los intereses

Cuando en sede judicial se haya estimado una pretensión vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA) y no se hubiere ordenado el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y/o los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil, este Tribunal, en atención al principio de economía

procesal previsto en el artículo 111 del Código Procesal Constitucional, conocerá el RAC para ordenar su pago; sin perjuicio en lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional (STC Exp. N° 05430-2006-PA/TC, f. j. 14).

Pago de interés por mora

{E}n el supuesto de pago de interés por mora. Producido el retardo culposo o doloso del deudor en el cumplimiento de la prestación debida y ante la concurrencia de los requisitos para devengar intereses moratorios, por acuerdo de panes o mandato de ley, dicho deudor estará obligado a su pago (...). En esa línea, el artículo 1246 del código precisa que, si las partes no han pactado el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que, según el caso, será compensatorio o legal. Por ello, en el caso de intereses generados por incumplimiento de deuda de naturaleza previsional, el Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo señalado en dicho artículo 1246, ha referido que son de tipo legal (STC Exp. N° 02214-2014-PA/TC, f. j. 12).

PLENOS CASATORIOS

Cuando no se ha pactado el interés moratorio se debe pagar el interés compensatorio pactado, en defecto de este se aplica el interés legal

El artículo 1246 se refiere al interés que el deudor está obligado a pagar por causa de mora en el caso de que no se haya convenido un interés moratorio, es decir, al resarcimiento por el retraso. En tal supuesto, el deudor debe pagar el interés compensatorio pactado, el mismo que se entiende continuará devengándose después del día de la mora, con la calidad de interés moratorio. Si no hubiese interés compensatorio pactado, el deudor pagará el interés legal (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 52).

Pago por interés por mora concuerda con la consecuencia del incumplimiento

El artículo 1246 del Código Civil está en concordancia con el principio recogido en el artículo 1324 del Código Civil, que se refiere al interés que devengan por causa de mora las obligaciones de dar sumas de dinero (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 52).

CORTE SUPREMA

Los intereses moratorios son siempre convencionales

{E}n relación a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 1246 del Código Civil, conviene señalar que el referido artículo es bastante claro en señalar que "si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y en su defecto, el interés legal", lo que no ocurre en el presente caso, donde no se ha pactado el pago de intereses de este tipo; más aún, si se puede apreciar de la lectura de los propios bonos agrarios adjuntados a la demanda, que la demandada está solo obligada al pago de intereses compensatorios. En efecto, de una lectura sistemática del articulado que regula el pago de intereses, específicamente los artículos 1242 al 1250 del Código Civil, se llega a la conclusión de que los intereses moratorios solo pueden derivarse del pacto o convenio (Cas. N° 4298-2011-Lima).

Los intereses moratorios constituyen una indemnización supletoria por la demora en el cumplimiento

"{L}os intereses moratorios son aquellos que el deudor puede deber, por retener un capital después de la fecha en que debía devolverlo, es decir, los intereses son moratorios cuando las partes fijan el tipo de interés que regirá en caso de mora, o sea estableciendo al respecto una cláusula penal". (...) "Finalmente, en resumen señalamos que el pago de los intereses moratorios constituye la manera de indemnizar supletoriamente al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria por parte del deudor, cubriéndose de esta manera los daños y perjuicios ocasionados precisamente por efectos de la mora en el pago" (Cas. N° 4353-2010-Lima).

No se puede otorgar intereses moratorios si no han sido fijados previamente

{L}as partes involucradas en la controversia únicamente fijaron para el caso el pago de intereses compensatorios; y, en efecto, no se advierte que los bonos de la deuda a agraria puestos a cobro establezcan el pago de intereses moratorios, sino solo los intereses compensatorios a favor de su tenedor en las tasas fijadas en cada uno de dichos instrumentos; razón por la cual no corresponde en el presente caso ordenar a la emplazada el pago de intereses moratorios, sino que, en atención a lo explicado en el parágrafo precedente, únicamente deberán pagarse, por causa de mora, los intereses compensatorios acordados en cada instrumento de crédito, según ha sido acertadamente declarado en la sentencia de vista objeto de impugnación; debiendo, por tanto, desestimarse también este extremo del recurso de casación (Cas. N° 555-2012-Lima).

Interés en obligación no pecuniaria

Artículo 1247.- ***En la obligación no pecuniaria, el interés se fija de acuerdo al valor que tengan los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si el bien ha perecido al momento de hacerse la evaluación.***

Concordancias
C.C. *art. 1246*

CARLOS E. POLANCO GUTIÉRREZ

La norma en comento tiene su origen en el artículo 311 del Código de Comercio, modificado por el numeral 1 de la Ley N° 1175 y derogado por el artículo 2112 del CC, que estableció que: "Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso, o en su defecto el legal. Si el préstamo consistiere en especies, para computar el crédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución el día siguiente del vencimiento, o por el que determinen peritos, si la mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacerse su valuación. Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que los mismos valores o títulos devenguen, o en su defecto legal, determinándose el precio de los valores por el que tengan en Bolsa, si fueren cotizables, o en la plaza en otro caso, el día siguiente al del vencimiento".

Las obligaciones que contienen una prestación de hacer (servicio) o no hacer (abstención), no generan intereses, por su propia naturaleza. Solo generan intereses las deudas de interés y de cualquier otro capital, es decir en obligaciones que contengan prestaciones de dar. Una definición económica y simple de capital, como cuarto factor de producción (además de tierra, trabajo y tecnología), está referida a los recursos, bienes o valores que se utilizan para la producción de otros bienes, servicios u obtención de ganancia.

Para el cálculo de interés en la obligación pecuniaria, deberá expresarse en términos de dinero el bien adeudado, para que sobre dicho valor se pueda aplicar el interés que las partes hubieran acordado; en el caso que el bien haya perecido serán los peritos quienes establezcan el valor que tenía dicho bien y sobre tal valor se establecerá el interés que corresponda. Una variable que puede presentarse, en palabras de Osterling Parodi y Castillo Freyre es la obligación contraída en frutas con un interés pactado en frutas, lo que no representa mayor problema, debiendo tener las tasas máximas de interés permitida en nuestro ordenamiento.

Como el contrato de mutuo establece la aplicación de intereses compensatorios de manera automática, el mutuo de bienes fungibles (como lo son las manzanas), generará un interés. En caso de incumplimiento, tal cual lo señala el artículo 1246 del CC se generará la obligación de pagar un interés moratorio.

En el derecho comparado una norma similar se halla en el artículo 772 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2015): "**Cuantificación de un valor.** Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección". La solución es la misma a la aplicable en el derecho peruano.

DOCTRINA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Las Obligaciones dinerarias en el Código Civil peruano". En: Revista Athina, N° 2, Lima, 2007; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "El pago de intereses en el Código Civil". En: Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución. Alfredo Soria Aguilar (coordinador), UPC, Lima, 2016; BLANK LELAND y TARQUIN, Anthony, "Ingeniería Económica", 7ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2012; BORDA, Guillermo. "Anatocismo: hasta la palabra es vieja". En: Revista La Ley. Buenos Aires, 1992; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: Themis. N° 30, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil". En: El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1986; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, en: ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991; CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. Analizando el análisis, autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004; COURT, Eduardo, RENGIFO, Erick, ZABOS, Enrique. Teoría del Interés - métodos cuantitativos para finanzas. Tomo 1, Editorial Cengage Learning, Buenos Aires, 2013; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 2. Sexta edición (tercera en Civitas), 2007; FERNÁNDEZ César. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La Naturaleza Jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía", en: Derecho, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, N° 45, Lima, 1991; FERRERO, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª edición, 2ª reimpresión. Grijley, Lima, 2004; GÓMEZ ROJO, María. Historia judicial del anatocismo. 2003; GÓMEZ APAC, Hugo y BOZA ALZAMORA, Sandy. "Pago de intereses en la legislación peruana", en: Revista Advocatus. Nueva Epoca, N° 7, Universidad de Lima, 2002; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Editorial Dykinson, Madrid, 2010; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en: Revista Jurídica del Perú. Año LI N° 21, Trujillo, abril, 2001, recuperado del portal electrónico http://dike.pucp.edu.pe.; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. VXI, Segunda Parte, Tomo VI, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio del Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores, Lima, 2008; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. "Instituciones de Derecho Privado Obligaciones". Tomo 1, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006; POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos, "No estaba muerta, andaba descansando - Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo", en Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República, Año 8, N° 10, Lima, 2016; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La capitalización de intereses". En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1990; VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Intereses y tasas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

Intereses en obligaciones consistentes en títulos valores

Artículo 1248.- ***Cuando la obligación consiste en títulos valores, el interés es igual a la renta que devenguen o, a falta de ella, al interés legal. En este último caso, se determina el valor de los títulos de acuerdo con su cotización en la bolsa o, en su defecto, por el que tengan en la plaza el día siguiente al de su vencimiento.***

Concordancias:
C.C. art. 1233, 1247; C.P.C. arts. 688, 693; LEY 27287 art. 51

Carlos E. Polanco Gutiérrez

Como en el caso del artículo 1247, no se registra antecedentes en el derecho civil peruano, pero sí en el Código de Comercio de 1902 (Tercer párrafo del art. 311, como se ha visto en el artículo anterior) y está referida solamente al interés moratorio que se genera por el incumplimiento en el pago de una obligación contenida en un título valor.

Existen dos supuestos, el primero que el título valor se halle cotizado en bolsa, para lo cual el interés se aplicará sobre el valor que tenga el título valor; el segundo cuando se trata de bienes no cotizados en bolsa, el valor que se utilizará para la aplicación de intereses será el de la plaza al día siguiente del vencimiento.

La referencia a la cotización de bolsa, está referida a la Rueda de Bolsa del Mercado de Valores, que según el artículo 117. del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores "(...) es el mecanismo centralizado en el que las sociedades agentes, de conformidad con lo dispuesto en los respectivos reglamentos internos de las Bolsas, realizan transacciones con valores inscritos en el Registro, cuando corresponda e instrumentos derivados que CONASEV previamente autorice". La Rueda de Bolsa al negociar en el día los diferentes valores, tiene un precio de apertura, máximo, mínimo y otro de cierre. El que se aplicará para el cálculo de intereses, será el de cierre, es decir el precio final de la jornada, por ser el último valor e inamovible del día.

DOCTRINA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Las Obligaciones dinerarias en el Código Civil peruano". En: Revista Athina, N° 2, Lima, 2007; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "El pago de intereses en el Código Civil". En: Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución. Alfredo Soria Aguilar (coordinador), UPC, Lima, 2016; BLANK LELAND y TARQUIN, Anthony, "Ingeniería Económica", 7ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2012; BORDA, Guillermo. "Anatocismo: hasta la palabra es vieja". En: Revista La Ley. Buenos Aires, 1992; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: Themis. N° 30, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil". En: El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1986; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, en: ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991; CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. Analizando el análisis, autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004; COURT, Eduardo, RENGIFO, Erick, ZABOS, Enrique. Teoría del Interés - métodos cuantitativos para finanzas. Tomo 1, Editorial Cengage Learning, Buenos Aires, 2013; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 2. Sexta edición (tercera en Civitas), 2007; FERNÁNDEZ César. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La Naturaleza Jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía", en: Derecho, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, N° 45, Lima, 1991; FERRERO, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª edición, 2ª reimpresión. Grijley, Lima, 2004; GÓMEZ ROJO, María. Historia judicial del anatocismo. 2003; GÓMEZ APAC, Hugo y BOZA ALZAMORA, Sandy. "Pago de intereses en la legislación peruana", en: Revista Advocatus. Nueva Epoca, N°

7, Universidad de Lima, 2002; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Editorial Dykinson, Madrid, 2010; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en: Revista Jurídica del Perú. Año LI N° 21, Trujillo, abril, 2001, recuperado del portal electrónico http://dike.pucp.edu.pe.; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. VXI, Segunda Parte, Tomo VI, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio del Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores, Lima, 2008; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. "Instituciones de Derecho Privado Obligaciones". Tomo 1, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006; POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos, "No estaba muerta, andaba descansando - Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo", en Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República, Año 8, N° 10, Lima, 2016; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La capitalización de intereses". En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1990; VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Intereses y tasas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

PLENOS JURISDICCIONALES NACIONALES

Intereses usurarios producen nulidad del título valor

El juez deberá declarar la nulidad del título valor materia de cobro, en un proceso de ejecución o de cognición, si advierte que contiene intereses superiores al permitido por ley citado documento, en el mismo proceso, de oficio, aun cuando tal hecho no haya sido alegado por la parte afectada y se advierta el mismo de modo evidente. El juez declarará la nulidad del título valor, en el mismo proceso, en estricta aplicación de la norma especial - artículo 21 de la Ley de Títulos Valores ***(Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial 2014. Acuerdo 5).***

La prohibición del anatocismo

Artículo 1249.- ***No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.***

Concordancias:
C.C. art. 1250, C. de C. art. 574, LEY 27287 art. 21

CARLOS E. POLANCO GUTIÉRREZ

Una de las instituciones más controvertidas en el derecho es el anatocismo, es decir la suma del interés devengado al capital para cobrar intereses sobre intereses. Como se ha indicado al comentar el artículo 1242 del Código Civil, a lo largo de la historia de la humanidad se ha cuestionado si el dinero engendra dinero (Aristóteles negaba que el dinero "pariera dinero") y/o si moralmente corresponde hacerlo. En la Sagrada Biblia, los rentistas de capital no tuvieron espacio ya que el Libro del Éxodo, Capítulo XXII, versículos 22 a 26, establece, entre otras prohibiciones, la del cobro de intereses a los conciudadanos y a los pobres (*peccatum usurae*)[1]. Recién en el siglo XIV la postura inflexible de la Iglesia Católica se modificó respecto al cobro de intereses, permitiendo que se cobren préstamos con intereses, siempre que exista una causa que los justifique.

Con relación a la existencia de intereses en el Derecho Romano, la historia se divide en dos momentos, en la época arcaica, no existía el cobro de intereses, pues el contrato de mutuo, se celebraba fundamentalmente entre miembros de la familia o amigos, quien otorgaba un crédito, solo tenía derecho a que le restituyeran lo entregado. Posteriormente aparece la *stipulatio usurarum* que es un pacto de intereses; sin embargo, no se cuenta con un antecedente sobre algún **pacto** que permitiera el anatocismo, por lo que no sería convencional. Las primeras noticias sobre permisión de anatocismo provienen del Derecho Romano clásico, siempre que haya transcurrido por lo menos un año de una deuda impaga, por eso fue llamado *anatocismus anniversarius*. En esta etapa de la historia, no debe olvidarse que el deudor en Roma, no solamente respondía con sus bienes por el pago de la obligación, sino que además con su propia vida, previa privación de la libertad personal[2], hasta la dación de la Ley *Poetelia Papiria*[3], que precisó que el cumplimiento de una obligación no recae en la persona, sino en su patrimonio; norma que al no cumplirse fue una de las razones que ocasionó la revuelta

(1) "(...) Si prestas dinero a uno de mi pueblo, a un pobre que habita contigo, no será con él un usurero, cargándole intereses. Si tomas en prenda el manto de tu prójimo, se lo devolverás antes de ponerse el Sol, porque no tiene otro vestido para cubrir su cuerpo, ¿y dónde, sino, se va a acostar? Si grita a mí, yo lo escucharé, porque yo soy compasivo".

(2) La Tabla III de Ley de las XII Tablas, señaló:
1. "Confesada la deuda [en dinero] y juzgadas las cosas en derecho, haya un plazo legal de 30 días.
2. Luego, que se le prenda. Llévesele al tribunal.
3. Si no cumple lo sentenciado ni nadie lo avala ante el tribunal, que lo lleve consigo [el acreedor], lo ate con cuerda o con cadenas de, como máximo, 15 libras o si quiere, de menos.
4. Si lo quiere, viva de lo suyo. Si no, el que lo tiene encadenado le dará una libra de grano al día. Si quiere, le dará más.
5. Sin embargo, aún quedaba el derecho a avenirse y, si no, lo tenían encadenado sesenta días. Durante ellos, por tres mercados seguidos, se le llevaba al comicio ante el pretor y se anunciaba la cuantía de su condena. Al tercer mercado se ejecutaban las penas capitales o iban a venderlo al otro lado del Tíber, como extranjero.
6. Pasado el tercer mercado, que se corten los pedazos. Si no resultan iguales no será considerado fraude".

(3) No se tiene un año exacto de su vigencia, algunos autores la sitúan en el año 326 a.C. (Por ejemplo Libio, indica que fue en dicho año durante el tercer consulado de Cayo Petelio Libón), en tanto que otros historiadores señalan que la norma fue dada en el año 313 a.C. (Marco Terencio Varrón, indica que fue mientras era vigente la dictadura de Cayo de Petelio. Tener presente que Peletio ejerció el poder como cónsul y también como dictador).

del año 428 d.C., que concluyó con el reconocimiento que de que solo los bienes del deudor respondían por sus deudas, sin comprometer la integridad personal.

Como se podrá deducir, si el cobro de intereses era mal visto, el hecho de que se capitalizara intereses, sumándolos a la deuda inicial, era menos aceptable. A pesar de que en el Derecho Romano se permitió la capitalización de intereses, luego de que una deuda tuviera más de un año de impaga; el cobro de intereses fue casi un tema prohibido en diversas legislaciones, hasta la revolución francesa, en la que se permite el cobro de intereses en los préstamos, con la posibilidad de que sean las partes quienes libremente fijen estos. El lucro, a lo largo de la historia, también ha sido condenado, pese a que ha sido el motor del desarrollo social.

El anatocismo, también llamado interés del interés, se presenta cuando estos, luego de que se devenguen y no se hayan pagado, se suman al capital inicial adeudado, es decir se capitalizan y, el nuevo monto es considerado como nuevo capital sobre el cual se devengan nuevos intereses. La palabra anatocismo, proviene de dos vocablos griegos: *anatokós* y *anatokismós*; que a su vez se derivan de *ana* (segunda vez) y de *tokós - tokismós* (interés del interés[4]), por lo que traducido significa nuevo interés del interés. Para otros autores, la expresión anatocismo deriva del latín *anatocismus*[5] que significa renovación o reduplicación de la usura, interés de interés. Tanto en la concepción griega, como en la latina, el anatocismo implica el cobro de intereses sobre intereses que ya se generaron pero que no se cancelaron.

El anatocismo y la capitalización de intereses, son expresiones que en el derecho nacional se toman por equivalentes, pues ambas expresan que el interés vencido y no pagado. Salvo el maestro León Barandiarán, que al comentar similar artículo en el Código Civil de 1936 (art. 1586) señala que el anatocismo está prohibido y la capitalización de intereses, permitida luego de que transcurra el plazo mínimo de ley y se celebre un acuerdo posterior[6]; sin embargo, la doctrina nacional es coincidente al señalar que el anatocismo es similar a la capitalización de intereses.

En el derecho comparado, en Colombia, país que no ha unificado su legislación civil y comercial, también se hace tal diferencia entre anatocismo y capitalización de intereses. El Decreto N° 1454 (1989) que reglamenta los intereses del sistema financiero colombiano precisa la no prohibición del pacto de capitalización de intereses. Cuestionados los efectos de la norma, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, el 27 de marzo de 1992, reconoció la posibilidad de capitalizar los intereses, pero negó el anatocismo[7]. Coincidiendo con las ciencias de las finanzas y el derecho peruano, la capitalización de intereses es lo mismo que anatocismo.

Diez-Picazo, señala que anatocismo es "(...) la acumulación de los intereses ya devengados al capital, a efecto de la producción de nuevos intereses"[8]. Los nacionales Osterling Parodi

(4) Refiere María GÓMEZ ROJO, en su libro, *Historia judicial del anatocismo* (2003), que algunos autores italianos la tradujeron como "renovación de la usura" o "usura de las usuras", pero la más adecuada, sería la anotada.

(5) Por ejemplo, Galli. El argentino Guillermo Borda, publicó un artículo titulado "Anatocismo: hasta la palabra es vieja". En: *Revista La Ley*. Buenos Aires, 1992.

(6) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil peruano*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 31.

(7) "(...) conforme a las normas civiles y comerciales que regulan el anatocismo, debe entenderse por tal, el cobro de intereses sobre intereses exigibles y no pagados oportunamente, y no los sistemas de pago libremente acordados entre las partes en un negocio jurídico en que se contemple la capitalización de intereses, teniendo para ello en cuenta la cuantía, plazo y periodicidad en que deban cancelarse dichos rendimientos (...)".

(8) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Volumen Segundo, Las relaciones obligatorias, 6ª edición, Thomson Reuters - Civitas - Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 286.

y Castillo Freyre, señalan que el anatocismo "(...) es la adición de los intereses al capital, de suerte que en el siguiente periodo los intereses, genera –junto con el capital– nuevos intereses[9](...)" Cárdenas Quirós, entiende por anatocismo "el hecho de que los intereses vencidos y no pagados se agreguen al capital con el objeto que generen nuevos intereses".

En el derecho nacional, el pacto de anatocismo está prohibido al momento de contraerse una obligación y ello viene desde el Código Civil de 1852 (art. 1249), así como por el artículo 1586 del anterior Código Civil de 1936, ambas normas estipularon que: "No puede pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ella puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos"; el Código Civil actual ha reducido el plazo a un año de atraso en el cumplimiento del pago de la deuda, para que se pueda agregar al capital adeudado el interés devengado y no cancelado. En el derecho francés los artículos 1154 y 1155 del Código Civil Napoleónico, pero siempre que ello derive de una demanda judicial o que exista un convenio entre acreedor y deudor y luego de vencido un año de atrasos en el pago de intereses.

A criterio personal un error en la concepción del anatocismo es confundirlo con la usura; si en una primer momento los estados vieron la necesidad de regular tasas máximas de interés evitando su cobro excesivo y desproporcionado (usura), hoy dicha percepción se ha trasladado al anatocismo que con mucho error se le considera como una forma de usura. La usura es el cobro de un interés excesivo y desproporcionado, que supera los máximos permitidos por ley y allí se llega a través de la tasa de interés nominal o la efectiva; entonces el problema de la usura es fundamentalmente un problema de tasa de interés y no de su capitalización o no. Evidentemente si al capital se le agrega el interés el monto adeudado para calcular un nuevo interés es mayor, no necesariamente se producirá la usura.

1. Las tasas de interés efectivo y anatocismo

Como se ha señalado al comentar el artículo 1242 del CC, una de las razones para la existencia de interés, es el mantener el valor del dinero en el tiempo. En el comentario del artículo 1243 del CC se ha precisado que el Banco Central de Reserva del Perú, tiene dentro de sus funciones la regulación de las tasas máximas de interés que pueden fijar las partes en sus obligaciones dinerarias. Si el acreedor que cobra el interés es una empresa del sistema financiero o no, la Circular N° 018-2019-BCRP, le permite cobrar un interés expresado en términos efectivos, en el primer caso sin tope, más allá del que resulte de la libre competencia, y en el segundo caso con el tope que establece la referida institución.

Igualmente se ha visto en el comentario del artículo 1244 del CC, cómo el interés efectivo supone la capitalización del interés a través de la aplicación del interés compuesto; si esto es así, el artículo 1249 del CC no tendría vigencia, puesto que es permitido a las partes pactar intereses convencionales, compensatorios y/o moratorios en términos efectivos, lo que significa anatocismo.

Castillo Freyre, en su libro "Analizando el Análisis - Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil"[10], señaló con acierto que los arts. 1249 y 1250 del Código Civil, para todos los efectos eran inaplicables, por lo que para que los intereses se capitalicen en una obligación dineraria de manera voluntaria, no era indispensable efectuar modificación

(9) OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Vol. XVI, Segunda parte Tomo VI - Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 247.

(10) CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. *Analizando el análisis, autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004, p. 157.

legislativa derogando tales normas; explicaba el jurista que en el año de 1984, las tasas imperantes en el mercado financiero eran nominales y en tal sentido era entendible la prohibición del anatocismo; pero ello cambiaría en 1991, cuando mediante Aviso del BCRP, de fecha doce de marzo de 1991, se estableció la aplicación de tasas de interés efectivas; por lo que los arts. 1249 y 1250 del Código Civil se convirtieron en inaplicables y luego sucesivas Circulares dictada por el BCRP han establecido que dicho interés efectivo se mantiene, puesto que la Ley Orgánica del BCRP (art. 51), establece que debe fijarse en los mismos términos que el sistema financiero, las tasas de interés entre personas ajenas al sistema. La Circular Nº 018-2019-BCRP en cumplimiento de la Ley Orgánica citada, establece el interés compensatorio y moratorio en términos efectivos, tal como se fijan en el sistema financiero.

No debe olvidarse que, como consecuencia de la hiperinflación con que concluyó la década de los ochenta del siglo pasado, ya los civilistas se preguntaban sobre la necesidad de que el dinero no siga perdiendo demasiado valor de intercambio; Fernando Vidal en el año 1988 reclamaba "la capitalización de intereses o está demás en el Código Civil o debe usarse entre deudor y acreedor dándole valor constante a las prestaciones"[11]. Lo sostenido por Vidal Ramírez, va en línea con el criterio económico de que la tasa de interés representa el costo del dinero en un momento determinado y cuando escribió ello (finales de la década de los ochenta del siglo pasado, en pleno fenómeno de hiperinflación), se pedía capitalizar intereses mensuales activas/pasivas que superaban el 30 %, a fin de no perder valor; lo que ahora puede representar un 20 % anual, en ambos casos se pretende mantener un valor del dinero en el tiempo. No porque hogaño la economía peruana presente una tasa de inflación menor al 4 % por ciento anual, signifique que el dinero no podría mantener su valor en el tiempo; lo que merece una explicación:

Imaginemos que por un momento determinado una persona desea hacer un préstamo de dinero por diez años, esperando un rendimiento anual del 5 %. Si la suma mutuada es de S/ 10,000, y el interés es pactado en términos nominales, recibirá una renta anual de S/ 500. La pregunta sería, ¿esos 500 de rendimiento, en el año 1, servirán para adquirir los mismos bienes en el año 10? La evidente respuesta es no, En el siguiente cuadro se aprecia la evolución del interés año tras año:

Año	Capital adeudado	Interés nominal	Suma adeudada
1	10,000.00	5%	10,500.00
2	10,000.00	5%	11,000.00
3	10,000.00	5%	11,500.00
4	10,000.00	5%	12,000.00
5	10,000.00	5%	12,500.00
6	10,000.00	5%	13,000.00
7	10,000.00	5%	13,500.00
8	10,000.00	5%	14,000.00
9	10,000.00	5%	14,500.00
10	10,000.00	5%	**15,000.00**

(11) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La capitalización de intereses". En: *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Editorial Cuzco, Lima, 1990; pp. 315-322.

Si se reconoce que en el año 10, el costo de vida es mayor, se necesitaría que el rendimiento en dicho año es mayor. Una forma de lograr esto es negociar año tras año el interés, lo que genera gran inseguridad para el derecho y para el acreedor y el deudor; otra forma es establecer una tasa de interés en términos efectivos, en la que el dinero iría rindiendo un mayor valor con el paso del tiempo. No es que tal interés refleje de manera perfecta el paso del tiempo, pero de alguna manera lo reconoce, tal como se aprecia en el cuadro siguiente, en el que es evidente que el rendimiento del año uno, es inferior al rendimiento del año diez:

Año	Capital adeudado	Interés efectivo	Suma adeudada
1	10,000.00	5%	10,500.00
2	10,500.00	5%	11,025.00
3	11,025.00	5%	11,576.25
4	11,576.25	5%	12,155.06
5	12,155.06	5%	12,762.82
6	12,762.82	5%	13,400.96
7	13,400.96	5%	14,701.00
8	14,701.00	5%	14,744.55
9	14,744.55	5%	15,513.28
10	15,513.28	5%	**16,288.95**

Nótese cómo año tras año el capital adeudado se incrementa, lo que se refleja en la suma adeudada en el que el primer año el rendimiento es de S/ 500, en tanto que en el año 10, el rendimiento es S/ 775.66.

¿Cuán peligroso es el anatocismo? Vidal Ramírez, señala que los griegos fueron los primeros que se dieron cuenta de lo peligroso y usurario que era la capitalización de intereses, peligro advertido por los romanos recién en la *Ley de las XII Tablas* cuando se empezó a imponerse topes a los intereses que se cobran. El *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, influenciado por el cristianismo proscribe la usura y el anatocismo. La usura, en una acepción amplia, es el cobro de intereses por encima de los máximos permitidos por ley; es decir que se presenta cuando un acreedor impone una tasa de interés superior a los topes máximos que permite el derecho. Si una tasa usuraria fuera pactada, no afecta la validez del mutuo, sino que se obliga a reducir la misma hasta los máximos permitidos por ley.

En el caso peruano se ha visto que en aplicación de la Circular N° 018-2019-BCRP, las tasas de interés que pueden pactarse en términos superan el 45 % anual (comentario al art. 1243 del CC), tasa que en la economía nacional puede resultar elevada, teniendo presente la inflación que padece el país. Allí se presentará la usura. No es razonable pensar que una obligación pactada con un interés nominal del 45 % no se considere usuraria, pero que sí se considere usuraria una obligación pactada con un interés efectivo del 5 %.

En resumidas cuentas, cuando el derecho peruano adoptó el sistema del interés efectivo, dejó de tener vigencia la prohibición al anatocismo, posición no compartida por la Jurisprudencia nacional que considera vigente el artículo 1249 del CC.

Finalmente una precisión, en el derecho mexicano se hace referencia al anatocismo inverso, que consiste en la tasa de interés que los bancos pagan a sus ahorristas, denominación

no adecuada, puesto que cuando un banco paga intereses por los ahorros que recibe, es un interés pasivo para el banco y cuando cobra los intereses se denominan activos. Como las tasas de interés están establecidas en términos efectivos, se cobran y pagan de esta manera. En el interés pasivo el banco es el deudor y el ahorrista el acreedor, por lo que no hay alguna inversión en el anatocismo, solamente es la correcta aplicación del interés efectivo en beneficio del ahorrista; en caso inverso, cuando el banco es el mutuante, cobrará el interés efectivo.

2. El anatocismo y la jurisprudencia vinculante:

Pese a considerarse que el artículo 1249 del Código Civil dejó de tener vigencia con la aparición del interés efectivo, actualmente la jurisprudencia vinculante desconoce los efectos de los intereses efectivos, pero sobre la base de razones equivocadas, tal como se explica:

1. Precedente fijado por la Casación N° 5128-2013-Lima

   Se establece que los intereses pensionarios a ser pagados por el Estado no pueden ser capitalizables por colisionar contra el artículo 1249 del Código Civil, para lo cual se basa en la Ley N° 29951, Ley del Presupuesto Público para el Año Fiscal 2013, que en la nonagésima sétima disposición complementaria final señala que: "(...) a partir de la vigencia de la presente Ley, que el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional es el interés fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable de conformidad con el artículo 1249 del Código Civil y se devenga a partir de día siguiente de aquel en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el acreedor afectado exija judicial o extrajudicialmente el incumplimiento de la obligación o pruebe haber sufrido daño alguno (...)".

   De la lectura de la sentencia se podrá comprender, que la limitación a la aplicación del interés efectivo no se halla en la vigencia del artículo 1249 del CC, sino en la norma del presupuesto público dictada (Ley N° 29951). También se apreciará que una de las razones dadas para la no capitalización del interés es la naturaleza social de la Oficina de Normalización Previsional (demandada por el pago de pensiones), lo que pone solamente en evidencia la no comprensión del problema del interés efectivo o nominal.

2. Precedente fijado por la Casación N° 5128-2013-Lima

   En la sentencia del Sexto Pleno Casatorio N° 2402-2012-Lambayeque, que constituye precedente judicial vinculante, se ha concluido como precedente vinculante Tercero: "El Juez de la demanda, a los efectos de determinar la procedencia de la ejecución de garantías, debe examinar, evaluar, enjuiciar y dar cuenta expresamente en la motivación de su resolución si en el caso:

   i. Se cumplen los requisitos establecidos en los PRECEDENTES PRIMERO y/o SEGUNDO;

   ii. El Saldo deudor realizado por la parte ejecutante comprende abonos y cargos o pagos a cuenta, si los hubiere, atendiendo que el pacto de capitalización de intereses solo es lícito en los supuestos indicados en los artículos 1249 y 1250 del Código Civil, esto es cuando se trate de cuentas bancarias, mercantiles y similares; o cuando se celebre por escrito el pacto después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses".

Como en el anterior precedente, se parte de afirmar la vigencia de los artículos referidos y no se hace un análisis respecto a las Circulares vigentes sobre intereses, aun cuando sea para señalar el por qué son contrarias a derecho. Cuando se sostiene que una Circular no puede dejar sin efecto una norma del Código Civil, se enfoca de manera errónea el problema, puesto que la Circular no deja sin efecto la norma, sino que cumple lo dispuesto por el artículo 51 del Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, por lo que la discusión de normas contrarias se da entre el citado artículo 51, que establece que los intereses de personas ajenas al sistema financiero deben ser regulados de la misma manera que los de tal sistema y el artículo 1249 del CC en comento, que establece el trato diferenciado.

Aun más, en el fundamento 52, del pleno en mención, se cita las definiciones del importante trabajo de Jiménez Vargas-Machuca, omitiendo mencionar de los mismos autores su afirmación de que "(...). El BCR fija una tasa efectiva porque considera que esta es la que mejor retribuye o indemniza al acreedor sin perjudicar al deudor, toda vez que solo refleja el real costo de oportunidad del dinero. Además cuando el Código Civil señala la facultad del BCR de fijar las tasas de interés convencional y legal, no restringe ni limita la faculta de esta institución y tampoco señala si estas deben ser nominales o efectivas (...)" como se ha indicado la Corte Suprema, se inclina por la vigencia de los artículos 1249 y 1250 del Código Civil.

3. Doctrina Jurisprudencial vinculante dictada en el Expediente N° 02214-2014-PA/TC

Un tercer fallo expedido, sobre la prohibición del anatocismo, es el Auto del Tribunal Constitucional, dictado en ejecución de sentencia, en el expediente referido. En el fundamento 20, se señala que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable, conforme al artículo 1249 del Código Civil.

De la lectura de la resolución vinculante, se podrá notar que el sustento de ella no se encuentra en el artículo 1249 del CC, sino en la Ley N° 29951, omitiendo toda mención a las regulaciones del Banco Central de Reserva.

Genera confusión una sentencia posterior, la dictada en el expediente STC N° 00962-2015-PA/TC, de fecha 28 de noviembre del 2017, publicada en octubre del 2018. En esta sentencia, de manera contraria a su doctrina jurisprudencial vinculante el Tribunal Constitucional, establece que el artículo 1249 del Código Civil, por ser solamente la limitación a los pactos convencionales, pero no al interés legal (aplicable a las pensiones), pero cada uno de los magistrados expresó en sus votos singulares, que la decisión no variaba la jurisprudencia constitucional contenida en el Auto N° 02214-2014-PA/TC (que justamente limita el interés legal establecido por el art. 1246 del Código Civil, con el art. 1249 de la misma norma). Una interpretación permitiría entender que el Tribunal Constitucional reconoce la vigencia del artículo 1249 del CC, pero limita su aplicación a pactos convencionales y no a intereses legales. Una vez más no se analiza la manera cómo el BCRP regula el interés en términos efectivos.

3. El artículo 1249 del CC en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil

Como se ha indicado en comentario de artículo anterior, mediante Resolución Ministerial N° 300-2016-JUS, se creó un Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil de 1984, presidido por el jurista Gastón Fernández Cruz, el que ha presentado un anteproyecto, recientemente publicado (agosto del 2019). Con relación al anatocismo, se reconoce que puede pactarse al momento de contraerse una obligación; en efecto, en los siguientes términos:

> "Artículo 1249.- Anatocismo
>
> Puede pactarse la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, independientemente de que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares".

Si la norma ya resuelve un tema importante, es valiosa su breve exposición de motivos que se sustenta que no es sostenible que el texto original del artículo 1249 del CC permita a los empresas del sistema financiero a efectuar operaciones en términos efectivos y a quienes son ajenos a dichas empresas no y además que consideran que se debe "(...) establecer una regulación de intereses que garantice el verdadero costo de oportunidad del dinero en el tiempo (...)", sin distinguir quienes participan del crédito sean personas que estén dentro o fuera del sistema financiero. Introducir el concepto de costo de oportunidad, llevará a una mejor comprensión del tema del interés.

DOCTRINA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Las Obligaciones dinerarias en el Código Civil peruano". En: Revista Athina, N° 2, Lima, 2007; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "El pago de intereses en el Código Civil". En: Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución. Alfredo Soria Aguilar (coordinador), UPC, Lima, 2016; BLANK LELAND y TARQUIN, Anthony, "Ingeniería Económica", 7ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2012; BORDA, Guillermo. "Anatocismo: hasta la palabra es vieja". En: Revista La Ley. Buenos Aires, 1992; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: Themis. N° 30, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil". En: El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1986; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, en: ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991; CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. Analizando el análisis, autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004; COURT, Eduardo, RENGIFO, Erick, ZABOS, Enrique. Teoría del Interés - métodos cuantitativos para finanzas. Tomo 1, Editorial Cengage Learning, Buenos Aires, 2013; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 2. Sexta edición (tercera en Civitas), 2007; FERNÁNDEZ César. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La Naturaleza Jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía", en: Derecho, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, N° 45, Lima, 1991; FERRERO, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª edición, 2ª reimpresión. Grijley, Lima, 2004; GÓMEZ ROJO, María. Historia judicial del anatocismo. 2003; GÓMEZ APAC, Hugo y BOZA ALZAMORA, Sandy. "Pago de intereses en la legislación peruana", en: Revista Advocatus. Nueva Epoca, N° 7, Universidad de Lima, 2002; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Editorial Dykinson, Madrid, 2010; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en: Revista Jurídica del Perú. Año LI N° 21, Trujillo, abril, 2001, recuperado del portal electrónico http://dike.pucp.edu.pe.; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. VXI, Segunda Parte, Tomo VI, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio del Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores, Lima, 2008; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. "Instituciones de Derecho Privado Obligaciones". Tomo 1, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006; POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos, "No

estaba muerta, andaba descansando - Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo", en Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República, Año 8, N° 10, Lima, 2016; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La capitalización de intereses". En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1990; VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Intereses y tasas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los intereses previsionales deben ser calculados al amparo del artículo 1246 y 1249 del Código Civil

En tal sentido, tomando en cuenta que el artículo 1249 del Código Civil establece una limitación al anatocismo, en la medida en que "no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares", el Tribunal Constitucional considera razonable que si ya se determinó antes que los intereses legales en deudas de naturaleza previsional deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1246 del Código Civil, también resulte de aplicación la limitación contenida en el artículo 1249 del Código Civil (STC Exp. N° 02214-2014-PA/TC, f. j. 19).

Interés previsional no es capitalizable

{E}l Tribunal Constitucional estima que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable, conforme al artículo 1249 del Código Civil (STC Exp. N° 02214-2014-PA/TC, f. j. 20).

PLENOS CASATORIOS

Capitalización de intereses es cuando estos son agregados al capital generando nuevos intereses

Anatocismo es la capitalización de intereses, es decir, cuando los intereses ya vencidos o devengados son agregados al capital produciendo a su vez nuevos intereses (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 53).

Prohibición de capitalización de intereses no es aplicable a las operaciones crediticias que realizan las empresas del sistema financiero

El artículo 1249 no se refiere –salvo el caso de la cuenta bancaria– a las operaciones crediticias que se realizan en el sector financiero, entendiéndose por tal, a los bancos, empresas financieras, mutuales, cooperativas de crédito y, en general, a las instituciones que, autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, captan dinero del público para colocarlo a terceros. Dichas operaciones crediticias pueden ser activas o pasivas, tales como créditos en cuenta corriente, créditos directos, créditos promocionales –en virtud de los cuales se otorga un amplio plazo para empezar a amortizar el principal, capitalizándose los intereses desde el inicio– o créditos otorgados por la Banca Estatal de Fomento, cuya finalidad es promover los sectores productivos. Para estos casos la ley civil no legisla, pues esas operaciones son reguladas por las respectivas entidades del Estado peruano (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 53).

CORTE SUPREMA

Interés previsional debe calcularse respetando el margen dispuesto en el artículo 1249 del Código Civil

Siendo aplicables los artículos comprendidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Segunda Sección del Libro de las Obligaciones, referidas al pago de intereses, estos son los artículos 1242 y siguientes del Código Civil, para los efectos de pago de los intereses generados por adeudos de carácter previsional la tasa aplicable que debe ordenar el juez es la fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, pero con observancia de la limitación contenida en el artículo 1249 del mismo texto normativo (Cas. N° 5128-2013-Lima).

No es capitalizable el interés previsional

{Se} aprecia que la Sala de mérito ha incurrido en infracción normativa de los artículos 1249 y 1250 del Código Civil al no haberlos aplicado al caso; incurriendo en error al sostener que asiste al actor el derecho a intereses capitalizables, máxime, si el derecho a la pensión y su abono, no está circunscrito al ámbito mercantil, bancario o similares, sino más bien tiene su fundamento en el derecho social, consecuentemente corresponde declarar fundado el recurso de casación (Cas. N° 5128-2013-Lima).

Los intereses de la bonificación adicional por desempeño de cargo se calculan con tasa no capitalizable

Respecto al pago de los intereses, debe manifestarse que el artículo 48 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 que establece: "La entidad está obligada al pago de los intereses que generen el retraso en la ejecución de la sentencia", no resulta aplicable al presente caso ya que dicha norma hace referencia a los intereses generados por el retraso en la ejecución de una sentencia, pretensión distinta a la invocada en el escrito de la demanda, ya que debe considerarse que los intereses

legales que se reclaman en el presente proceso constituyen una consecuencia del no pago oportuno del íntegro de las bonificaciones demandadas, por tanto debe ordenarse su pago según lo dispuesto en los artículos 1242 y 1246 del Código Civil, teniendo en cuenta la tasa de interés legal simple y no los capitalizables que dispone el artículo 1249 del Código Civil (**Cas. N° 7198-2015-Huánuco**).

El artículo 1249 proscribe la capitalización de los intereses previsionales

En dicho contexto, y ratificando lo antes expuesto, la Ley de Presupuesto para el año fiscal 2013, N° 29951, en su Nonagésima Sétima Disposición Complementaria Final, dispuso que a partir de su vigencia el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, y que dicho interés no es capitalizable, conforme al artículo 1249 del Código Sustantivo (**Cas. N° 2996-2015-Lima**).

Solo los intereses provenientes de obligaciones bancarias pueden ser capitalizadas

En el caso de autos, se advierte que al no haberse convenido el pago del interés moratorio, ni pactado el interés compensatorio, corresponde el pago del interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, por el pago no oportuno de las pensiones devengadas al actor, conforme a lo previsto en los artículos 1244 y 1246 del Código Civil; sin embargo, es preciso señalar que dicho interés, debe ser calculado no como un interés efectivo; es decir capitalizable, sino como un interés simple, el cual se calcula y se paga sobre un capital inicial que permanece invariable; por tanto, se evidencia que el Colegiado Superior al emitir pronunciamiento, ha incurrido en infracción del artículo 1249 del Código Civil, al no haber tenido en cuenta que el derecho a la pensión y su abono no se encuentran dentro del ámbito mercantil, bancario o similares; sino más bien tiene su fundamento en el derecho social (**Cas. N° 1808-2015-Lima**).

Capitalización de intereses después de contraerse la obligación

Artículo 1250.- ***Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.***

Concordancias:
C.C. art. 1249, C. de C. art. 574; Circular 018-2019-BCRP

CARLOS E. POLANCO GUTIÉRREZ

Este artículo es una prueba que el anatocismo no está prohibido, puesto que autoriza el pacto de capitalización de intereses siempre que exista un incumplimiento de la obligación de pago del deudor no menor a un año; ergo el anatocismo está permitido en el derecho peruano en determinadas circunstancias, empero solo se aplica al interés vencido y no por devengarse. Esta norma no es exclusiva del derecho peruano, el artículo 1154 del Código Napoleónico contiene un precepto similar[1], por citar un caso; sin embargo, cabría preguntarse si es que el pacto depende de la voluntad de ambas partes ¿qué llevaría a pensar que el deudor que no pudo pagar la deuda original con intereses pactados en términos nominales, acepte capitalizar el interés para que se genere una nueva obligación con un monto mayor de capital adeudado y por ende mayores intereses? Hay varias respuestas una de ellas es evitar el inicio de un proceso de obligación de dar suma de dinero o la esperanza de tener mayores ingresos en el futuro, lo que es válido, refinanciar la deuda en plazos más largos, entre otras razones que permiten que el deudor pueda cancelar la deuda; sin embargo, el texto del artículo busca ser en esencia una norma a favor del acreedor.

Para que proceda la capitalización, en términos del artículo 1250 del CC, se requiere tres condiciones: convenio escrito, atraso no menor a un año en el pago de los intereses y que solamente incluya a intereses vencidos, es decir intereses por los cuáles se constituyó en mora al deudor, lo que impide el anatocismo retroactivo.

Existiendo el interés compensatorio y el moratorio, debe tenerse claro que ambos intereses pueden ser capitalizados, posición no compartida por la doctrina extranjera que considera que solamente podría capitalizarse el interés compensatorio.

En el Proyecto de reforma del Código Civil mencionado, al permitirse con la reforma del artículo 1249 del CC la aplicación de intereses efectivos, con corrección este artículo debe ser derogado.

DOCTRINA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "Las Obligaciones dinerarias en el Código Civil peruano". En: Revista Athina, N° 2, Lima, 2007; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "El pago de intereses en el Código Civil". En: Derecho de Obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución. Alfredo Soria Aguilar (coordinador), UPC, Lima, 2016; BLANK LELAND y TARQUIN, Anthony, "Ingeniería Económica", 7ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2012; BORDA, Guillermo. "Anatocismo: hasta la palabra es vieja". En: Revista La Ley. Buenos Aires, 1992; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil". En: Themis. N° 30, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "El pago de intereses en el Código Civil". En: El

(1) Artículo 1154 Código Napoleónico.- "Los intereses vencidos de capitales podrán producir intereses, mediante demanda judicial, o mediante un acuerdo especial, siempre que, bien en la demanda, o bien en el acuerdo, se trate de intereses debidos durante al menos un año entero".

Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1986; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, en: ARIAS-SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991; CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. Analizando el análisis, autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Código Civil. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004; COURT, Eduardo, RENGIFO, Erick, ZABOS, Enrique. Teoría del Interés - métodos cuantitativos para finanzas. Tomo 1, Editorial Cengage Learning, Buenos Aires, 2013; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 2. Sexta edición (tercera en Civitas), 2007; FERNÁNDEZ César. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La Naturaleza Jurídica de los intereses: punto de conexión entre el Derecho y la Economía", en: Derecho, Revista de Derecho publicada por el Fondo Editorial de la PUCP, N° 45, Lima, 1991; FERRERO, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª edición, 2ª reimpresión. Grijley, Lima, 2004; GÓMEZ ROJO, María. Historia judicial del anatocismo. 2003; GÓMEZ APAC, Hugo y BOZA ALZAMORA, Sandy. "Pago de intereses en la legislación peruana", en: Revista Advocatus. Nueva Epoca, N° 7, Universidad de Lima, 2002; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. La usura. Evolución histórica y patología de los intereses. Editorial Dykinson, Madrid, 2010; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en: Revista Jurídica del Perú. Año LI N° 21, Trujillo, abril, 2001, recuperado del portal electrónico http://dike.pucp.edu.pe.; LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. VXI, Segunda Parte, Tomo VI, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio del Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores, Lima, 2008; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. "Instituciones de Derecho Privado Obligaciones". Tomo 1, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006; POLANCO GUTIÉRREZ, Carlos, "No estaba muerta, andaba descansando - Notas a la jurisprudencia vinculante y el anatocismo", en Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República, Año 8, N° 10, Lima, 2016; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La capitalización de intereses". En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Editorial Cuzco, Lima, 1990; VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Intereses y tasas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Capitalización de intereses solo procede en caso de intereses vencidos

El artículo 1250 del Código Civil se refiere a intereses vencidos y no por devengarse. Como en el caso del artículo 1249, el artículo 1250 constituye una norma imperativa cuyos alcances no pueden ser recortados por la voluntad de las partes. Nada impide, sin embargo, que estas lo pacten con mayor amplitud. Tampoco existe impedimento para que el convenio se repita sucesivamente en el tiempo; el deudor puede pagar o extender el pago, si el acreedor asiente en ello ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 53).***

CAPÍTULO TERCERO
Pago por consignación

Requisitos para el pago por consignación

Artículo 1251.- *El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos:*

1.- Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o lo hubiera puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación.

2.- Que, respecto del acreedor, concurran los supuestos del artículo 1338 o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas.(*)

Concordancias:
C.C. arts. 1338, 1706, 1707, 1747; C.P.C. arts. 566, 749 inc. 7), 802 y ss.; LEY 27287 art. 67; LEY 26887 art. 420.

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

1. El pago de manera general se define como el cumplimiento efectivo de la obligación, la prestación de la cosa o del hecho que es debido. Según Ripert[1], pagar es cumplir su obligación, cualquiera sea su objeto. Para Planiol y Ripert[2], el pago es el modo normal de extinción de las obligaciones, ya que consiste en el hecho de cumplir la prestación prometida, sea cual fuere, entrega de una suma de dinero, entrega de un objeto, realización de un trabajo, etc.

El pago es una operación jurídica que se realiza normalmente con el acuerdo del acreedor que acepta el pago y con eso lo reconoce como válido; sin embargo, ese acuerdo no es indispensable y el deudor puede obligar al acreedor a recibir el pago. En este último extremo se enmarca el pago por consignación.

2. El pago por consignación es el que satisface el deudor, o quien está legitimado para sustituirlo, con intervención judicial; esto último, es la característica fundamental de esta forma de pago.

El acreedor no quiere recibir el pago, tal vez por considerar que no es completo o apropiado, en cuanto al objeto, modo y tiempo de satisfacerlo; o bien que él no puede recibir ese pago por ser incapaz, estar ausente o ser incierta su calidad de acreedor. En cualquiera de estos supuestos, el deudor o quien tenga derecho de pagar, no puede quedar bloqueado en el ejercicio de ese derecho. De ahí que la ley haya establecido este mecanismo, el pago por consignación, al cual puede recurrir el deudor para lograr su liberación judicial.

En definitiva podemos decir que el pago por consignación es un pago efectuado con intervención judicial. Este dispositivo funciona mediante una demanda que pone el objeto debido ante el juez para que este, a su vez, lo atribuya al acreedor dando fuerza de pago, de tal

(*) Texto según modificatoria recogida en el T.U.O. del Código Procesal Civil (D. Leg. N° 768), aprobado por R.M. N° 010-93-JUS del 23/04/1993.

(1) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil.* T. V, 2ª parte, La Ley, Buenos Aires, p. 376.

(2) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés.* T. VII, Cultural, La Habana, 1945, p. 486.

forma que el deudor queda liberado. En ese sentido apreciamos de la redacción de la norma en comentario que "el deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida (...)".

3. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el pago por consignación es un recurso excepcional. La norma es que el pago se efectúe en el plano de la actividad privada y con la sola actuación de las partes interesadas. Solo cuando el deudor resulta coartado en el ejercicio de su derecho de pagar, está autorizado a recurrir a la consignación judicial. De ahí que en el proceso a que esa consignación da lugar, el actor antes que nada tiene que justificar el motivo por el cual recurre a esa forma de pago excepcional.

Solo la "negativa injustificada" del acreedor autoriza al deudor a hacer la consignación judicial. Pero, si la actitud del acreedor que no acepta el pago es legítima, se impone el rechazo de la demanda de consignación. Para estar autorizado a poner en movimiento el aparato judicial, el deudor tiene que mostrar una justificación. A falta de ello, si el acreedor pide el rechazo de la consignación, corresponde rechazarla.

El deudor, para lograr el efecto de liberación, no solo debe consignar la prestación debida, sino satisfacer los requisitos que detallan los incisos de la norma en comentario:

> "El deudor debe demostrar haber ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida o haberlo puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación".

Nótese que el deudor tiene que haber hecho el ofrecimiento –sea judicial o extrajudicial– conforme lo detalla el artículo 1252 del Código Civil. Esta oferta y posterior consignación permite vencer la mala voluntad del acreedor. El deudor ofrece al acreedor el objeto debido y luego, después de hacer constar su negativa, lo consigna ante el juzgado.

En relación a la oferta, Planiol y Ripert[3] señalan que la validez de la oferta supone que todas las condiciones necesarias para el pago concurren: capacidad del *accipiens* y del *solvens*, vencimiento del término o cumplimiento de la condición suspensiva, integridad del pago (ver artículo 1220 del Código Civil). Esta última condición, referida a la integridad de la prestación, lleva a exigir que el deudor, para realizar una oferta válida, ha de ofrecer todo lo que viene exactamente determinado en el objeto de su obligación, la totalidad del capital, de los intereses y de los gastos liquidados; no sería bastante la promesa de completarlo más tarde. Pero pudiera darse el caso de que no se hubiese hecho todavía una determinación precisa: que el crédito no sea líquido o los gastos debidos no se hayan liquidado aún. En ese caso, habrá de contentarse con la oferta de una suma aproximada, evaluada por el deudor, siempre que este se obligue a completarla más tarde, en su caso.

Otra de las justificantes es que el acreedor debe estar en mora o debe negarse injustificadamente a recibir el pago.

La mora del acreedor se encuentra regulada en el artículo 1338 del Código Civil. Para Albaladejo[4] "no consiste solo en que este injustificadamente retrase la realización de la prestación (por no recibirla o no cooperar a tal realización), sino en retrasarla injustificadamente, una vez ofrecida con la intimación que se la reciba o se preste cooperación para que sea realizada"

El efecto general de la mora del acreedor se basa en que el deudor no debe sufrir perjuicios por la misma, es decir, debe quedar indemne, como si hubiese pagado.

(3) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Ob. cit., pp. 545-546.

(4) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*. T. II, Vol. 1, 10ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 155.

Para que opere la mora del acreedor deben cumplirse los siguientes requisitos: 1) que haya llegado el momento del cumplimiento; 2) que el deudor lo ofrezca al acreedor requiriéndole lo reciba o ponga de su parte para que pueda efectuarse; 3) que el acreedor se niegue sin razón a admitirlo, o, de cualquier modo, no esté en condiciones de recibir la prestación que se le ofrece debidamente.

4. En cuanto a la negativa a recibir el pago, esta puede ser expresa o tácita. La norma señala tres supuestos para calificar la negativa tácita: respuestas evasivas, inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, y cuando rehúse a entregar recibo o conductas análogas.

La negativa del acreedor constituye el caso típico en el pago por consignación. A través de este medio, no puede quedar el deudor deseoso de exonerarse de la deuda, librado a la buena voluntad del acreedor de querer o no querer recibirle el pago. Por ello dice el inciso 2 del artículo 1251 del Código Civil que "la consignación puede tener lugar cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por el deudor".

Como ya hemos señalado líneas arriba, para que la consignación sea viable se estima que el deudor tiene que probar el rechazo del pago por parte del acreedor, lo que puede hacer por cualquier medio de prueba. Se asimila al rechazo un justificado silencio del acreedor o cualquier actitud de este que implique condicionar la recepción del pago al cumplimiento de exigencias al margen del objeto debido, como el pretender otorgar recibo con salvedades o condicionamientos improcedentes que limiten el carácter cancelatorio del pago.

La prueba del rechazo del pago, que tiene que suministrar el deudor, es una consecuencia del carácter excepcional que reviste esta forma de pago que no está librada al capricho del obligado.

DOCTRINA

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil, Tomo V, 2ª parte. La Ley, Buenos Aires; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Cultural S.A., La Habana, 1945; ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, 10ª ed. Bosch, Barcelona, 1997; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo II-B, 3ª ed. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1982; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción de pago por consignación

{R}esulta necesario conceptualizar la figura del pago por consignación la cual no viene a ser sino aquella posibilidad que tiene todo deudor de liberarse del vínculo obligatorio que lo mantiene atado, poniendo a disposición de la autoridad judicial el objeto de la prestación por negativa del acreedor a recibirlo (Cas. N° 683-2002-Lima).

Se incurre en mora si no se realiza el pago por consignación

{E}l artículo 1251 regula el pago por consignación, el cual está a cargo única y exclusivamente a favor del deudor, consecuentemente el demandante debió cumplir con efectuar el pago por consignación de los meses adeudados como renta y al no haberlo hecho incurrió en mora (Cas. N° 614-1996-Lima).

Ofrecimiento judicial o extrajudicial

Artículo 1252.- *El ofrecimiento puede ser judicial o extrajudicial.*

Es judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviera impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil sin tener representante, curador o apoyo designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido.

El ofrecimiento extrajudicial debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado. Si no lo estuviera, la anticipación debe ser de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale.(*)

Concordancias:
C.P.C. arts. 802 y ss.

Marianella Ledesma Narváez

1. En el pago por consignación, el deudor empieza por ofrecer al acreedor la prestación debida y después de comprobar la negativa, consigna el objeto de esta. La oferta puede ser judicial o extrajudicialmente.

En el primer caso opera sea porque las partes así lo pactaron o porque existe un desacuerdo entre ellas, ya sea sobre el objeto o sobre la forma o la fecha del pago, todo ello generado porque no se estableció contractual o legalmente la forma de hacer el pago.

2. Uno de los supuestos que señala la norma para el ofrecimiento judicial es que "el acreedor fuese una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil sin tener representante, curador o apoyo designado. El precepto se orienta a viabilizar el pago frente a los incapaces (menores de dieciséis años) y sujetos con capacidad de ejercicio restringida, carentes de representantes legales, curadores o apoyos, pues, si los tuvieren, el pago habría que hacerlo a ellos. Empero, señala Llambías[1], si el representante careciera, por la índole de la obligación, de facultades para recibir válidamente el pago, procedería la consignación; por citar, el pago del precio de un inmueble del pupilo que el tutor no estuviese autorizado a percibir.

El requisito de la incapacidad y la capacidad restringida que abre la vía de la consignación judicial, ha de concurrir al tiempo del pago. Por ejemplo, una minoría de edad (incapacidad, según el art. 43 del Código Civil) anterior, ya superada, no sería suficiente, porque el acreedor ya estaría en condiciones de recibir un pago válido, que resultaría liberatorio para el deudor.

(*) Texto del segundo párrafo según modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1384 del 04/09/2018. Anteriormente este artículo fue modificado, en su totalidad, según modificatoria recogida en el T.U.O. del Código Procesal Civil (D. Leg. N° 768), aprobado por R.M. N° 010-93-JUS del 23/04/1993.

(1) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones.* T. II-B, 3ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 271.

3. Por otro lado, la norma señala a "la ausencia del acreedor" como otra justificante para el ofrecimiento judicial del pago. Se parte del supuesto de la no presencia del acreedor, en el lugar de su domicilio. Se sabe de la existencia del acreedor, pero no de su paradero, pues si se lo conociera habría que intimarlo a recibir el pago, si el acreedor guardara silencio o no cooperara para la recepción del pago. El campo propio de este supuesto se refiere a la simple ausencia cuando se ignora el paradero del acreedor. En tal caso, el deudor que quiera liberarse solo podrá hacerlo mediante consignación judicial. Sobre el particular Llambías[2] dice: "no se aplica el precepto a la hipótesis de la presunción de fallecimiento, en base a la ausencia calificada por el transcurso de los plazos legales, pues entonces se abre la sucesión del acreedor y el crédito se transmite a los herederos con quienes debe entenderse el deudor".

4. La consignación puede tener lugar cuando fuese dudoso el derecho del acreedor a recibir el pago y concurriesen otras personas a exigirlo del deudor, esto es, cuando "el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores".

Esa circunstancia, la duda razonable sobre la titularidad del crédito, justifica que el deudor tenga motivos serios para no saber quién es el verdadero acreedor; y como quien paga mal puede verse precisado a pagar nuevamente, para evitar ese riesgo, él puede hacer un pago por consignación para que sea el juez el que defina quién es el titular del crédito y quién tiene derecho para percibir el pago consignado.

Cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto o se ignore su domicilio, también se justifica el ofrecimiento del pago. El destinatario del ofrecimiento de pago por consignación o demandado, es el acreedor a quien se intenta imponer, por intermedio de la autoridad judicial, la recepción del pago. Si hubiera un tercero autorizado para recibir el pago, sería procedente la consignación contra él. Y naturalmente, estaría condenada al fracaso y tendría que ser rechazada una demanda por consignación deducida contra quien no tuviera calidad de acreedor ni estuviese habilitado para recibir el pago.

5. En relación al ofrecimiento extrajudicial, este opera de la manera que estuviera pactada la obligación o en su defecto mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado; sin embargo, si no lo estuviera, la anticipación debe ser de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale.

Tanto en el ofrecimiento judicial como extrajudicial, para la eficacia del pago deben concurrir los principios de identidad e integridad. El demandado no está obligado a recibir el pago de algo distinto a lo debido, ni de algo incompleto. Fallando el principio de identidad e integridad aludido, se impone el rechazo de la consignación.

6. Por último, para que el pago por consignación sea admisible, tiene que ser cumplido en tiempo propio, es decir, no ser prematuro ni tardío. La consignación es prematura cuando el pagador pretende imponer al acreedor la recepción del pago antes del tiempo oportuno para el cumplimiento de la obligación.

La consignación es tardía si al tiempo de hacerse, el pagador ya carece de derecho de pagar. Ello ocurre cuando, por entonces, la obligación no subsiste por haber quedado resuelta en razón del incumplimiento del deudor. E igualmente es tardía la consignación si a causa de la demora en el pago, la prestación ya no tiene utilidad para el acreedor.

(2) Ídem.

Es de advertir que no es tardía la consignación intentada después de estar en mora el deudor. El hecho de la mora no hace caducar el *ius solvendi* del deudor; por tanto si tiene derecho de pagar, se sigue de ahí que puede consignar el pago apropiado que no quiera recibir el acreedor. Y si este no tiene motivo legítimo para rechazar el pago, la consignación tendrá que ser aceptada.

Según Llambías, la consignación que intente el deudor moroso tendrá que ser suficiente, debiendo comprender no solo la prestación debida sino también el complemento referente a la reparación del daño moratorio. Por ejemplo si existiera una cláusula penal moratoria, la consignación debe cubrir la prestación originaria y además el importe de la pena, pudiendo el acreedor rechazarla, no por provenir de un deudor moroso sino por no concurrir el requisito relativo a la integridad del objeto del pago.

En suma, la mora del deudor no es un hecho que contradiga a la admisión del pago por consignación.

DOCTRINA

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil, Tomo V, 2ª parte. La Ley, Buenos Aires; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Cultural S.A., La Habana, 1945; ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, 10ª ed. Bosch, Barcelona, 1997; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo II-B, 3ª ed. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1982; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.

Ofrecimiento judicial de pago, consignación y oposición

Artículo 1253.- ***El ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso de la manera que establece el Código Procesal Civil.***

La oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada, se tramitan en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva. (*)

Concordancias:
C.C. arts. 1251, 1252; C.P.C. art. 802 y ss.

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

1. La norma regula el procedimiento a seguir para el pago por consignación, la misma que debería estar ubicada en el Código Procesal Civil. La consignación consiste en depositar la cosa bajo el poder de la autoridad judicial y a disposición del acreedor. Con ello queremos decir que no es indispensable su entrega material al juzgado, sino que aun custodiada en distinto lugar al juzgado, el juez la tenga bajo el poder de su voluntad.

Como regla general, la consignación debe ir precedida del ofrecimiento de pago y ser comunicada previamente a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación. Ambas cosas se tienen que acreditar ante la autoridad judicial; sin embargo, de manera excepcional, el deudor puede consignar sin previa oferta real, como es el caso del pago en la adjudicación de bienes provenientes de remate judicial y el caso de expropiación por causa de utilidad pública.

2. El ofrecimiento debe realizarse en el lugar convenido para el pago y, si no hubiese mediado pacto especial, es competente "el juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal o pacto en contrario", señala el artículo 23 del Código Procesal Civil.

La norma considera que el ofrecimiento judicial y consignación se tramitan como procesos no contenciosos, la cual es coherente con el artículo 802 del Código Procesal Civil; sin embargo, debemos precisar que puede darse el caso que "cuando hay un proceso contencioso en que se discute la relación material que originó o que esté conectada a la obligación debida, el ofrecimiento y eventual consignación deben realizarse en dicho proceso siguiéndose el trámite que le corresponde al mismo" (véase el art. 802 del Código Procesal Civil).

El ofrecimiento judicial conlleva a que se cumpla la prestación en la audiencia. Hecha la consignación, el acreedor puede aceptarla o el juez declarar que está bien hecha. Si el acreedor acepta la suma ofrecida como pago, se le entregará a este, previa entrega del recibo. En cualquiera de ambos casos, se cierra el ciclo del procedimiento entablado, y, como quiera que sustituye el pago, la obligación se extingue y el deudor queda liberado; por el contrario, sigue subsistente la deuda si, por falta de cualquier requisito, la consignación no fue válida, ya que lo que extingue aquella es la consignación y no el ofrecimiento de pago.

Según Planiol y Ripert[1], "la consignación no es un pago; por sí misma no implica la transmisión de la propiedad a favor del acreedor: es un depósito que deja la propiedad en

(*) Texto según modificatoria recogida en el T.U.O. del Código Procesal Civil (D. Leg. N° 768), aprobado por R.M. N° 010-93-JUS del 23/04/1993.

(1) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. T. VII. Cultural, La Habana, 1945.

poder del deudor". La prueba de ello es la facultad de retiro que le concede el artículo 1255 del Código Civil. El deudor conserva el derecho de recuperar la suma consignada mientras la consignación no haya sido aceptada por el acreedor o no haya sido declarada bien hecha y válida por una sentencia firme.

3. En el caso del ofrecimiento extrajudicial, la oposición al ofrecimiento y, en su caso, la consignación efectuada, se tramitan como proceso contencioso según la naturaleza de la relación jurídica respectiva. El artículo 811 del Código Procesal Civil regula el procedimiento a seguir en el ofrecimiento extrajudicial. Si el acreedor a quien se le ha hecho ofrecimiento extrajudicial de pago se ha negado a admitirlo, el deudor puede consignar judicialmente la prestación debida. Para este efecto, el silencio importa manifestación de voluntad negativa. Señala el citado artículo 811 del Código Procesal Civil, que en el auto admisorio, el juez emplaza al acreedor para que en la audiencia exprese o no su aceptación al pago, bajo apercibimiento de disponer su consignación.

4. Otro aspecto que concurre en este trámite se relaciona con los gastos de este procedimiento. Estos deben ser por cuenta del acreedor, siempre que la oferta sea válida. El artículo 815 del Código Procesal Civil regula ese reparto así: "Si no hay contradicción ellas serán de cargo del acreedor". También concurre la posibilidad, si en el proceso contencioso posterior se declara directa o indirectamente que la contradicción fue infundada, de que el demandado tenga derecho a la devolución con intereses de lo que pagó por gastos en el proceso contencioso anterior.

DOCTRINA

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil, Tomo V, 2ª parte. La Ley, Buenos Aires; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Cultural, La Habana, 1945; ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, 10ª edición. Bosch, Barcelona, 1997; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo II-B, 3ª edición. Perrot, Buenos Aires, 1982; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.

Validez del pago con efecto retroactivo

Artículo 1254.- *El pago se reputa válido con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento, cuando:*

1.- El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento;

2.- La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento, es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.

El ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado. El extrajudicial se entiende efectuado el día que es puesto en conocimiento. (*)

Concordancias:
C.C. art. 1251

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

1. El pago por consignación es una forma de pago que como tal produce todos los efectos generales del pago. La consignación da lugar a dos consecuencias importantes: detiene el curso de los intereses y opera la traslación de los riesgos relativos a la prestación consignada que pasan a ser soportadas por el acreedor.

Los requisitos de validez del pago por consignación se refieren a las personas intervinientes, al objeto, modo y tiempo del pago. A esas condiciones, cabe agregar lo relativo al lugar de pago.

En virtud de esa existencia se ha decidido que no es admisible por incompleta la pretensión de consignar un pago de capital sin los intereses correspondientes u omitiendo el pago de las costas, o intentando satisfacer cuatro meses de alquiler si se deben siete, o cuando la consignación no se ajusta al monto de la intimación practicada en el proceso.

2. Según opinión de LLambías[1] la consignación válida extingue la obligación; este requisito, la validez, no se lo da la sentencia, sino el haberse llenado todas las condiciones de la ley; la sentencia declara que así es: es decir, que desde el principio ha sido hecho en forma; su validez data desde que se hizo, según la sentencia; luego la deuda ha debido extinguirse desde el principio también. La solución se da por el efecto declarativo de la sentencia que reconoce la fuerza de la consignación.

Distinto es el caso, para Llambías[2], cuando la consignación es defectuosa al tiempo de hacerse, pero en el curso del proceso se subsanan los defectos que tenía. No tendría sentido rechazar la consignación y volver a las partes a fojas uno, obligando al deudor a hacer un nuevo proceso, si ahora ya no hay objeción alguna que hacerle. La economía procesal indica la conveniencia que la sentencia admita la consignación a fin de superar el diferendo de las partes para el que ya no hay motivo. Solo que, entonces, la validez de la consignación no puede remontarse a la fecha en que se hizo, porque en ese momento no tenía los requisitos del pago: de ahí que solo "surte los efectos del pago, desde el día de la sentencia que la

(*) Texto según modificatoria recogida en el T.U.O. del Código Procesal Civil (D. Leg. N° 768), aprobado por R.M. N° 010-93-JUS del 23/04/1993.

(1) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones.* T. II, 3ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 288.

(2) Ídem.

declarase legal". Ya el acreedor no tiene motivo de queja porque se lo obligue a aceptar un pago que ahora es válido, especialmente si se atiende a la invalidez originaria de la consignación para eximirlo de las costas del proceso.

3. En relación al momento a partir del cual se producen las consecuencias, se hace la distinción según: la consignación haya sido aceptada o rechazada por el acreedor.

En el primer supuesto, la consignación hecha por depósito judicial que no fuese impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del pago válido. Esto porque el demandado está obligado a pronunciarse sobre la pretensión del actor, ya que es uno de esos casos en que, habiendo "obligación legal de explicarse", su silencio equivale a conformidad.

Otra de las interrogantes se orienta a determinar si puede el acreedor hacer una aceptación condicionada. Según Llambías[3], "no hay inconveniente en admitirlo pues esa actitud tiene correspondencia con la posibilidad que el deudor pague con salvedades o reparos. Así sería factible que el acreedor aceptara el pago pero impugnando el procedimiento, por no haberse negado a recibir el pago directo: en ese supuesto sería viable el retiro de la prestación consignada, por parte del acreedor, sin perjuicio de proseguir el pleito para determinar quién debe cargar con las cosas".

En el segundo supuesto, cuando el acreedor mantiene en el procedimiento por consignación la misma actitud negativa que lo llevó antes a rehusar la recepción del pago ofrecido por el deudor. En este último caso, el pago se considera válido cuando la "oposición del acreedor al pago es desestimada por resolución con cosa juzgada"

4. Otra de las interrogantes que dilucida la norma se refiere: ¿a partir de cuándo produce efecto la consignación admitida como válida en la resolución firme?

Según la norma en comentario, esta opera "cuando se efectúa el ofrecimiento judicial o extrajudicial", esto es, el día en que el acreedor es válidamente emplazado, en el caso judicial, o el día en que es puesto en conocimiento extrajudicialmente.

Otras opiniones la consideran desde el día de la sentencia que la declare legal. A falta de conformidad del acreedor, la sentencia que admite la consignación produce su efecto desde la fecha del pronunciamiento judicial. Esta posición es absurda para Llambías[4] porque a) si la sentencia justifica la actitud del deudor al consignar, no se explica que postergue la eficacia del pago hasta el momento posterior de la sentencia que se limita a declarar la legitimidad de ese pago: he ahí un pago legítimo que, pese a serlo, no produce los efectos de tal; y b) porque atribuye a la malicia o capricho del acreedor, que sin razón objeta la consignación, el poder inconcebible de privar a esa consignación de la eficacia cancelatoria de la obligación que hubiera tenido si, actuando con corrección, él la hubiese aceptado: los intereses seguirán corriendo, etc.

Según el citado Llambías[5], "la consignación válida extingue la obligación; este requisito, la validez no se lo da la sentencia, sino el haberse llenado todas las condiciones de la ley; la sentencia declara que así es: es decir, que desde el principio ha sido hecho en forma; su validez data desde que se hizo, según la sentencia; luego la deuda ha debido extinguirse desde el principio también".

(3) Ibídem, p. 286.
(4) Ibídem, p. 287.
(5) Ídem.

5. El deudor puede liberarse de la obligación consignando la cosa; pero Albaladejo[6] se pregunta: ¿y si se trata de obligación de hacer? Sin duda puede ofrecer el cumplimiento al acreedor y ponerlo en mora, mas ¿no podrá liberarse, ya que no es posible consignar una conducta? En su opinión, hay que acoger la tesis de que "el deudor se libera por la no aceptación de su ofrecimiento a realizar la prestación, o bien, a lo más, obteniendo de la autoridad judicial la declaración que estuvo dispuesto a realizar la prestación". Esta afirmación la apoya en tres argumentos: a) el deudor quedaría obligado mientras que viniese en gana al acreedor, lo cual, es contrario al principio de *favor debitoris* y contrario al precepto que el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar al arbitrio de una de las partes; b) no es injusto sancionar la negativa del acreedor, haciéndole producir, en cuanto es arbitraria, los efectos del perdón de la deuda; c) hay una imposibilidad (por causa del acreedor) de la que el deudor no es responsable.

6. Osterling y Castillo[7], al comentar este artículo, lo consideran una verdad de Perogrullo, pues es obvio que el ofrecimiento judicial no puede entenderse efectuado sino el día del emplazamiento o citación al acreedor, es decir, cuando se le notifica el mismo.

Lo propio ocurre en relación con el ofrecimiento extrajudicial de pago, cuando el precepto señala que se entenderá efectuado el día en que es puesto en conocimiento. En este caso, la situación de la norma es aún más obvia que en el anterior supuesto, pues, en ningún caso podría entenderse que se verifica un ofrecimiento de pago hasta el momento en que realmente sea efectúa. Para ello no era necesaria regla legal alguna, según los referidos autores. Hubiera bastado guardar silencio al respecto, pues es suficiente recurrir a las normas generales sobre consentimiento previstas en el Código Civil, y en especial al artículo 1374 que establece que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona, se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

7. La norma en el inciso 2 atribuye a la resolución que desestima la oposición del acreedor, la calidad de cosa juzgada; sin embargo, esa cualidad que otorga la ley a determinados actos para que estos sean inmutables, no puede ser de aplicación al procedimiento no contencioso de pago por consignación. Basta revisar el artículo 815 del Código Procesal Civil para afirmar que es factible que en un proceso contencioso posterior, se declare que la contradicción a la consignación fue infundada y, por tanto, el demandado tiene derecho a la devolución con intereses de lo que pagó por costas. Ello es atendible, porque el efecto de la cosa juzgada no opera en un proceso no contencioso, donde no hay conflicto que dilucidar, sino meras incertidumbres que aclarar. El elemento objetivo de la cosa juzgada, como es el conflicto, está ausente para que pueda generar ese efecto.

DOCTRINA

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil, Tomo V, 2ª parte. La Ley, Buenos Aires; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Cultural S.A., La Habana, 1945; ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I,

(6) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. T. II, Vol 1, 10ª edición, Bosch, Barcelona, 1997, p. 164.

(7) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, 2ª parte, T. VII, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 291.

10ª edición, Bosch, Barcelona, 1997; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo II-B, 3ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1982; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Efectos del amparo del pago por consignación

{H}abiéndose desestimado la contradicción efectuada en el proceso de consignación carece de objeto pronunciarse ya respecto a la resolución por falta de pago, pues es efecto del acogimiento del ofrecimiento de pago que el mismo se repute válido con efecto retroactivo a la fecha del ofrecimiento como resulta del artículo 1254 inciso 2 del Código Civil (Cas. Nº 560-2001-Lima).

Desistimiento del pago ofrecido

Artículo 1255.- ***El deudor puede desistirse del pago ofrecido y, en su caso, retirar el depósito efectuado, en los casos siguientes:***

1.- Antes de la aceptación por el acreedor.

2.- Cuando hay oposición, mientras no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.(*)

Concordancias:
C.C. arts. 1252, 1254; C.P.C. art. 816

MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ

1. La consignación según Planiol y Ripert[1] es algo más que un simple depósito. Va acompañada de la oferta de pago hecha al acreedor y de la puesta a su disposición de la cosa debida. De ello resulta que el deudor queda liberado a partir de ese momento. La consignación pone término a las demandas del acreedor, pone fin a los intereses para lo futuro y traslada los riesgos de la cosa o la suma consignada sobre el acreedor.

2. Como se ha señalado, la oferta real, seguida de la consignación, libera al deudor, lo que permite creer a varios tratadistas que el efecto liberatorio depende de la oferta, bajo la condición de que la consignación se efectúe a continuación, con efectos retroactivos, después de cumplirse esa condición (se produce solo en la consignación y no a partir de la oferta).

Es preciso que la operación que hasta ese momento solamente ocupa el lugar del pago, se transforme finalmente en pago verdadero y produzca la transmisión de la propiedad a favor del acreedor, si al menos lo consignado es conforme a lo debido.

El acreedor puede aceptar por sí mismo, y su consentimiento consagrará el pago. Si no, hay que lograr vencer su resistencia si es injustificada, a cuyo efecto el deudor no tendrá más remedio que dirigirse a los tribunales para hacer reconocer la validez de la oferta.

Una vez dictada la resolución firme, se producirá la transmisión de la propiedad del deudor al acreedor: la deuda quedará verdaderamente pagada.

3. Para apreciar las posibilidades del consignante de solicitar el retiro de la prestación consignada en pago o de trabar embargo sobre ella, sus acreedores o los del demandado, es necesario precisar: a) si ha sobrevenido o no la aceptación de la consignación, por parte del acreedor; b) determinar si ha recaído, en el proceso, sentencia que declare la validez de la consignación. En ese sentido el artículo 816 del Código Procesal Civil regula las reglas para el retiro de la consignación, siempre y cuando no hubiere aceptación del ofrecimiento.

En el primer supuesto, durante el período que se abre con la consignación en pago, y hasta tanto sobrevenga la aceptación del acreedor, o la sentencia que admita la validez de ese pago, la prestación consignada se encuentra en una situación relativamente incierta. Por un lado, la propiedad de los bienes a que esa prestación se refiere no se ha modificado y el deudor sigue siendo dueño de tales bienes, ya que el acto unilateral de consignación emanado de

---

(*) Texto según modificatoria recogida en el T.U.O. del Código Procesal Civil (D. Leg. N° 768), aprobado por R.M. N° 010-93-JUS del 23/04/1993.

(1) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. T. VII, Cultural S.A., La Habana, 1945, p. 548.

aquel no pudo hacer entrar forzadamente en el patrimonio del acreedor de bienes que este se negaba a recibir.

La norma, en estas circunstancias, permite al deudor retirar la cantidad consignada si el acreedor no hubiese aceptado la consignación o no hubiese recaído declaración judicial teniéndola por válida.

La solución expuesta es una consecuencia de dominio del deudor sobre los bienes consignados en pago, en conjunción con la revocación del pago. Mientras la consignación no se haya consumado, lo que hay es un acto de aplicación de bienes propios a la satisfacción de una deuda, que puede ser revocado por el mismo deudor. Así, pues, el retiro de la consignación contemplada debe ser concebido como un acto de revocación para cuya comprensión no se advierten impedimentos legales. La aludida facultad de revocación es estrictamente personal y no puede ser ejercida por otros acreedores del mismo deudor por vía de acción subrogatoria.

4. Dentro del contexto descrito, de no aceptación del acreedor, o la sentencia que admita la validez de ese pago, Llambías[2] plantea el hecho de que puede concurrir la circunstancia de que la prestación consignada quede bloqueada, por haber sobrevenido el embargo de los bienes consignados en pago.

El embargo constituye como siempre una orden judicial que impide disponer de los bienes embargados. Pero la eficacia del embargo puede diferir según quien fuere el embargante y, en definitiva, según el resultado final del proceso de consignación. El embargo puede haberlo obtenido: a) el propio acreedor o demandado; b) el propio deudor o demandante; c) un acreedor del demandado; d) otro acreedor del demandante. Llambías[3] desarrolla estos supuestos de la siguiente manera:

a) Cuando el embargo ha sido logrado por el demandado, con ello este se aferra a la improcedencia de la consignación y afirma la propiedad de los bienes embargados a favor del actor. Pendiente el juicio y aún después si se rechaza la demanda, el embargo obsta al retiro del depósito por el consignante. Pero dictada sentencia a favor de este, la consignación surte efecto de pago desde que se hizo y por tanto el embargo resulta estéril por haber recaído sobre bienes que no pertenecían al embargado: evidentemente, nadie puede embargar un bien que sea del propio embargante.

b) El actor puede también trabar embargo sobre los bienes consignados en pago, en base al crédito que tenga el consignante contra el demandado, que no pueda oponer en compensación con la deuda que motivó la consignación. En esta hipótesis, el embargo solo importa un impedimento formal para el retiro de la consignación, pues siempre está en las manos del consignante desistir del embargo para luego retirar los bienes consignados. Por otra parte, si al margen de ello la sentencia rechazare la consignación, el embargo caería por haberse trabado sobre bienes del embargante.

c) Si el embargo ha sido trabado por un acreedor del demandado, hay que averiguar el sentido de la medida para fijar su alcance. Pues, puede ser un embargo logrado contra el demandado por un acreedor suyo que se pone en la línea del actor y actúa

(2) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. T. II-B, 3ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 292.

(3) Ibídem, pp. 292-293.

en base a la validez de la consignación; o bien puede ser un embargo obtenido por el embargante, subrogándose en los derechos del demandado (acreedor) contra el consignante (deudor). En el primer caso, el embargo está subordinado al hecho que incorpore al patrimonio del embargado (demandado) el bien embargado: de ahí que tal embargo no impide el retiro de la consignación, lo que implica desistir de ella, y también que resulte ineficaz si la sentencia que se dicte en el juicio, rechaza la consignación, lo que demuestra que el embargo fue trabado sobre bienes que no pertenecían al embargado. En el segundo caso, mediando ejercicio de la acción subrogatoria, el embargo se dirige contra el actor, jugando el principio del adversario aparente; de ahí que se apliquen las mismas soluciones, como si el embargo hubiese sido logrado por el propio demandado, acreedor del consignante.

d) Cuando el embargo ha sido trabado por otro acreedor del consignante, distinto del demandado que es acreedor de la prestación consignada, tal embargo queda subordinado en su eficacia al desistimiento del juicio que haga el actor, o a la sentencia que se dicte rechazando la consignación. Mientras tanto, el embargo impide al consignante el retiro de la prestación consignada, puesto que la medida ha sido dirigida contra él, para que no pueda disponer del bien embargado. Y si recayeren otros embargos sobre el mismo bien, por ejemplo del propio demandado, se escalonarán todos los embargos en función de la respectiva fecha, por aplicación de los principios generales relativos a los embargos sucesivos.

5. El efecto que genera el retiro de la consignación es volver las cosas al *statu quo* precedente a la demanda. Si la consignación es aceptada por el acreedor o admitida por la sentencia que pone término al respectivo proceso, el pago se hace irrevocable.

La novedad es importante porque antes de estos hechos la consignación era susceptible de revocación; después ya no, quedando consumados los efectos del pago; por tanto, producidos esos hechos, la obligación resulta definitivamente extinguida con todos sus accesorios, privilegios y garantía.

Los bienes consignados en pago se incorporan al patrimonio del acreedor. Y como la sentencia que verifica esas consecuencias de orden jurídico tiene efecto declarativo, se considera que tales consecuencias han ocurrido a la fecha de la efectiva consignación practicada por el deudor. Lógicamente, no puede este proceder ahora a retirar una consignación como hubiese podido hacerlo antes.

DOCTRINA

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil, Tomo V, 2ª parte. La Ley, Buenos Aires; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil francés, Tomo VII, Cultural S.A., La Habana, 1945; ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, 10ª edición. Bosch, Barcelona, 1997; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo II-B, 3ª edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1982; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.

CAPÍTULO CUARTO
Imputación del pago

Definición

Artículo 1256.- *Quien tiene varias obligaciones de la misma naturaleza constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cual de ellas se aplica este. Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente a una deuda ilíquida o no vencida.*

Concordancias:
C.C. arts. 1221, 1259; C.T. art. 31

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

Como puede apreciarse por el articulado precedente y en general, por el que desarrolla su tratamiento, el pago viene a ser el modo de extinción de las obligaciones por antonomasia y, por eso, la codificación civil le ha prestado siempre una atención especial al ocuparse de sus varias modalidades y, particularmente, de la figura de su imputación que tiene muy antigua raigambre, pues se remonta al Derecho Romano.

En efecto, ya desde Roma, en el caso de que un deudor tuviera varias obligaciones en favor de un solo acreedor, se establecieron las reglas para la imputación del pago. Según ellas, correspondía, en primer lugar, hacer la imputación al *solvens* y si este no la hacía correspondía hacerla al *accipiens,* según un texto atribuido a Ulpiano, estableciéndose también un orden de prelación, atribuido a Papiniano, cuando la imputación no la hacían ni el deudor ni el acreedor, según cita de Fernando Tola (pp. 150 y 151).

Las reglas establecidas por el Derecho Romano fueron receptadas por la codificación civil, desde los textos napoleónicos hasta los de la actualidad, no siendo ajenas, desde luego, a los ordenamientos civiles de nuestro país.

La norma regula la imputación por el deudor y registra como antecedentes al artículo 2230 del Código Civil de 1852 y al artículo 1264 del Código Civil de 1936 y es consecuencia del tamiz de sus antecedentes durante el proceso de la reforma que concluyó con el texto vigente, como puede apreciarse de la compilación realizada por Delia Revoredo (pp. 130 y 131).

Para que la imputación pueda operar se requiere de varias obligaciones del deudor que imputa frente a un mismo acreedor, es decir, de la existencia de mas de una relación jurídico-obligacional entre el deudor y el mismo acreedor y que el pago que va a efectuar el deudor no las solventa en su totalidad.

La norma exige que se trate de obligaciones de la misma naturaleza constituídas por prestaciones fungibles y homogéneas, lo que puede llevar a considerar que la imputación opera únicamente en las obligaciones de dar, particularmente en las de dar sumas de dinero, o si ella es también jurídicamente posible en las de hacer y, aún, en las de no hacer. La cuestión radica, entonces, en determinar la naturaleza de las obligaciones, esto es, si puede tratarse de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, aunque debemos advertir desde ya que, respecto a estas últimas, a las de no hacer, consideramos que no les son aplicables las reglas de

la imputación del pago, conforme al criterio expuesto por Felipe Osterling y Mario Castillo (pp. 321 y sgtes.) y que compartimos.

La imputación del pago por el deudor requiere, como precisa la norma materia del comentario, que las obligaciones sean de la misma naturaleza que, en nuestra opinión, son las de dar, o de hacer, y que las prestaciones en que las obligaciones consisten sean fungibles y homogéneas. Así, por ejemplo, si el deudor tiene varias obligaciones de dar sumas de dinero u obligaciones de hacer consistentes en pintar del mismo color diversas paredes de un edificio con los materiales que le proporciona quien se constituye en su acreedor, en relación a las prestaciones de dar, el deudor puede imputar sus pagos, como también puede respecto de sus prestaciones de hacer, porque en uno y otro caso se trata de obligaciones de la misma naturaleza, cuyas prestaciones son fungibles y homogéneas.

La fungibilidad debe entenderse en el sentido de lo que tiene la misma especie y calidad, pero no en el sentido de lo consumible, y la homogeneidad puede entenderse en el sentido de lo que pertenece al mismo género y tiene iguales caracteres. La misma naturaleza de las obligaciones de dar o de las obligaciones de hacer la determinan, entonces, la misma especie y calidad, así como el género y caracteres, de las prestaciones en las que las obligaciones consisten.

La imputación del pago y su eficacia suponen, entonces, la indicación que hace el deudor al acreedor respecto de la obligación a la que le está dando cumplimiento, cuando sus obligaciones reúnen el requisito de la misma naturaleza y sus prestaciones son fungibles y homogéneas.

La oportunidad para formular la imputación del pago es la del momento de realizarlo o, si ya fue efectuado, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor.

La imputación viene a ser un acto jurídico unilateral y recepticio que viene a regular la relación jurídico-obligacional, por lo que la norma bajo comentario precisa que no requiere de la manifestación de voluntad del acreedor, bastando la sola manifestación del deudor si la formula al momento de realizar el pago o antes de aceptar el recibo que debe emitirle el acreedor. El deudor, de este modo, está ejerciendo el derecho a realizar la imputación. La norma no prescribe formalidad, por lo que la imputación puede formularse oralmente sin que nada obste para que se haga documentalmente, especialmente para la prueba de haberse efectuado la imputación.

Es importante reparar en el carácter unilateral y recepticio, pues la norma, *in fine,* le hace perder ese carácter cuando se trata de imputar el pago parcialmente o a obligaciones ilíquidas o no vencidas.

En efecto, tratándose de obligaciones de la misma naturaleza y con prestaciones fungibles y homogéneas, si el pago es parcial o se trata de obligaciones ilíquidas o no vencidas, la imputación se torna bilateral pues requiere del asentimiento del acreedor.

El pago parcial requiere, pues, del asentimiento del acreedor por cuanto su realización afecta el principio de la indivisibilidad del pago previsto en el artículo 1221, al concederle al deudor la ventaja de no satisfacer el íntegro de la prestación en la que la obligación consiste sin mediar la autorización del acreedor.

La iliquidez de una obligación se configura cuando no se puede determinar su *quantum* y, en consecuencia, que la imputación dé lugar a un pago parcial, máxime si, además, por su iliquidez, la obligación no le es aún exigible al deudor.

Por último, obligaciones no vencidas son las que están sometidas a un plazo que, de conformidad con el artículo 179, puede haberse establecido en beneficio del acreedor, lo que justifica la bilateralidad de la imputación.

Sin embargo, la referencia a la obligación no vencida debe ser interpretada en sentido distinto cuando el plazo beneficia al deudor. Según el acotado artículo 179, el plazo se presume en favor del deudor o puede haberse establecido en su beneficio. De este modo, si el deudor, como beneficiario del plazo, formula la imputación para el pago de esta deuda no vencida, su imputación implica su renuncia al beneficio del plazo y consideramos que, en tal caso, la imputación por el deudor es plenamente eficaz y a ella no puede oponerse el acreedor.

DOCTRINA

ARTEAGA, Jesús María y ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. Curso de Obligaciones. Temis. Bogotá, 1979; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil, El Derecho de las Obligaciones. T. II. P.L. Villanueva. Lima, 1957; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Temis. Bogotá, 1978; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Instituciones de Derecho Civil. Vol. I. Tecnos. Madrid, 1995; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. Cultural Cuzco editores. Lima, 1987; JOSSERAND, Luis. Derecho Civil. T. II. EJEA. Buenos Aires, 1950; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. T. III. WG Editor. Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. IV. EJEA. Buenos Aires, 1979; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Temis. Bogotá, 1980; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. T. VII. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial. Lima, 1996; ROMERO ZAVALA, Luis. El Derecho de las Obligaciones en el Perú. T. II. Ed. FECAT. Lima, 1999; TOLA CIRES, Fernando. Derecho Romano. Obligaciones, Contratos, Delitos y Acciones. Ed. San Marcos. Lima, 1997.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Para que opere la imputación de pago se requiere de varias obligaciones del deudor frente a un mismo acreedor

Para que la imputación pueda operar se requiere de varias obligaciones del deudor que imputa frente a un mismo acreedor, es decir, de la existencia de más de una relación jurídico-obligacional entre el deudor y el mismo acreedor y que el pago que va a efectuar el deudor no las solventa en su totalidad. Nuestro Código Civil vigente recoge esta figura legal en los artículos 1256 a 1259 (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 51).

Presupuesto de la imputación de pago

La imputación del pago por el deudor se efectúa conforme al artículo 1256 del Código Civil cuando: a) el deudor tenga varias deudas con un mismo acreedor; b) todas las deudas sean de prestaciones homogéneas y fungibles; c) el deudor debe indicar a cuál de las deudas se aplica el pago al momento de pagar o antes de aceptar el recibo que emite el acreedor; y d) sin autorización del acreedor no puede pagar una deuda parcial, ilíquida o no vencida (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 51).

Imputación de pago alude a la determinación de la deuda a la que se debe aplicar el pago

Con la expresión imputación de pago se alude, tradicionalmente, a la determinación o designación de la deuda a la que ha de aplicarse el pago cuando el deudor tiene varias obligaciones en favor del mismo acreedor. A través del mecanismo de la imputación puede determinarse qué es lo que paga el deudor al momento de ejecutar la prestación debida (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 51).

Imputar es determinar a qué obligación se asigna el pago

Imputar es señalar, fijar, determinar, indicar, de una pluralidad de obligaciones a cuál de ellas va a corresponder el pago del deudor, cuando siendo exigibles, no puede cancelar todas ellas (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 51).

Orden de la imputación convencional

Artículo 1257.- ***Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a estos antes que a los intereses.***

Concordancias:
C.C. arts. 1086, 1232; C.T. art. 31

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

La norma es también regulatoria de la imputación por el deudor y registra como antecedentes al artículo 2230 del Código Civil de 1852 y al artículo 1266 del Código Civil de 1936, tamizados durante el proceso de reforma que concluyó con el texto vigente.

La norma es indicativa de una obligación de dar sumas de dinero y puede llevar a considerar que la imputación del pago solo opera con obligaciones de esa naturaleza. Pero, como ya lo hemos expuesto, la imputación funciona tanto en las obligaciones con prestaciones de dar como con prestaciones de hacer, por lo que la norma bajo comentario es de carácter especial pues atiende solo a obligaciones de capital.

Las obligaciones de capital tienen el efecto de generar intereses y eventualmente pueden generar también gastos. La norma se pone en la hipótesis de que la imputación dé lugar a pagos parciales al no quedar cubiertos los intereses, los gastos y el capital y, por eso, establece un orden de prelación para que primero se satisfagan los intereses, sobre los cuales no hacemos disquisición alguna, luego los gastos y, por último, el capital.

El tenor de la norma lleva también a considerar que debe tratarse de una sola obligación. Pero no es esta la interpretación que deba hacerse, pues nada obsta que sean más de una las obligaciones de capital frente a un mismo acreedor, las cuales, obviamente, son todas de la misma naturaleza y todas con prestaciones fungibles y homogéneas. Por eso, si son varias las deudas el orden de prelación es el mismo, es decir, que la imputación debe hacerse primero al pago de los intereses dándose prioridad a los generados por la deuda más antigua, luego a los gastos de las deudas que los hubieran generado, considerando también a la más antigua, pues los gastos también pueden generar intereses y, por último, al capital, considerando al que corresponde a la obligación de mayor antigüedad.

Sea que se trate de una sola obligación o de varias, se requiere del asentimiento del acreedor, lo que significa que la imputación pierde su carácter de unilateralidad para constituirse, necesariamente, en un acto jurídico bilateral.

DOCTRINA

ARTEAGA, Jesús María y ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. Curso de Obligaciones. Temis. Bogotá, 1979; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil, El Derecho de las Obligaciones. T. II. P.L. Villanueva. Lima, 1957; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Temis. Bogotá, 1978; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Instituciones de Derecho Civil. Vol. I. Tecnos. Madrid, 1995; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. Cultural Cuzco Editores. Lima, 1987; JOSSERAND, Luis. Derecho Civil. T. II. EJEA. Buenos Aires, 1950; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. T. III. WG Editor. Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. IV. EJEA. Buenos Aires, 1979; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Temis. Bogotá, 1980; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. T. VII. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial. Lima, 1996; ROMERO ZAVALA, Luis. El Derecho de las Obligaciones en el Perú. T. II. Ed. FECAT. Lima, 1999; TOLA CIRES, Fernando. Derecho Romano. Obligaciones, Contratos, Delitos y Acciones. Ed. San Marcos. Lima, 1997.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Presupuestos para el orden de la imputación de pago convencional

El orden de la imputación convencional, según el artículo 1257 del Código Civil se realiza cuando: a) se trata de deudas en las que se deba capital, gastos e intereses; b) el deudor no puede pagar el capital antes que los gastos ni estos antes que los intereses; y c) en este caso la imputación corresponde al acreedor (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 51).

CORTE SUPREMA

Prerrogativa del acreedor frente al deudor en la imputación del pago

{E}l artículo 1257 del Código Civil (...) contiene restricciones adicionales a la imputación al pago que pueda efectuar el deudor, referidas a las obligaciones de {dar} sumas de dinero integradas por el capital, los gatos y los intereses. (...) Que, el citado artículo contiene una elemental medida de protección para el acreedor ante el deudor moroso; indicando que este, salvo acuerdo en contrario con el propio acreedor, debe pagar en primer término los intereses, luego los gastos y finalmente el capital (Cas. N° 5229-2006-Lima).

Imputación por el acreedor

Artículo 1258.- ***Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no puede reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla.***

Concordancias:
C.T. art. 31

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

La norma regula la imputación por el acreedor y solo registra como antecedente al artículo 1265 del Código Civil de 1936.

Como puede apreciarse, la imputación por el acreedor opera ante el silencio del deudor, dándole la norma a su silencio el significado de haber convenido en que sea el acreedor el que realice la aplicación, de conformidad con la doctrina que ha generado el artículo 142. El comportamiento silente del deudor legitima la imputación por su acreedor.

Como la imputación del pago es un derecho del deudor, la norma permite, de manera subsidiaria, la imputación por el acreedor luego que su deudor haya aceptado el recibo en el que se indican las prestaciones a las que se está aplicando el pago, sin que por el hecho de su aceptación pueda el deudor reclamar la imputación, la que queda firme.

Sin embargo, la misma norma plantea la posibilidad de impugnar si existiera causa que le impida al acreedor practicar la imputación. Debe tratarse de causa impediente y la impugnación, obviamente, corresponde al deudor.

La norma bajo comentario no ha receptado de su antecedente la referencia a una causa de invalidez, por lo que si, como ya lo hemos expuesto, la imputación del pago configura un acto jurídico, a ella le son de aplicación las causales que pueden determinar su nulidad, absoluta o relativa. Por ello, la cuestión radica en lo que debe entenderse por la causa impediente a la que se hace referencia en el texto vigente que norma la imputación por el acreedor.

Al respecto, participamos del criterio expuesto por Felipe Osterling y Mario Castillo (p. 345) en cuanto sería causa impediente que el acreedor practique la imputación en deudas ilíquidas o no vencidas o que la practique sobre obligaciones ya extinguidas, o, agregamos nosotros, que la practique sobre obligaciones suficientemente garantizadas, existiendo otras menos garantizadas, o que la practique sobre las menos onerosas o sobre las de menor antigüedad.

Si la impugnación se declara fundada por el órgano jurisdiccional, la imputación queda sin efecto y las obligaciones quedan subsistentes.

DOCTRINA

ARTEAGA, Jesús María y ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. Curso de Obligaciones. Temis. Bogotá, 1979; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil, el Derecho de las Obligaciones. T. II. P.L. Villanueva. Lima, 1957; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Temis. Bogotá, 1978; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Instituciones de Derecho Civil. Vol. I. Tecnos. Madrid, 1995; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. Cultural Cuzco Editores. Lima, 1987; JOSSERAND, Luis. Derecho Civil. T. II. EJEA. Buenos Aires, 1950; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. T. III. WG Editor. Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. IV. EJEA. Buenos Aires, 1979; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Temis. Bogotá, 1980; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones.

T. VII. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial. Lima, 1996; ROMERO ZAVALA, Luis. El Derecho de las Obligaciones en el Perú. T. II. Ed. FECAT. Lima, 1999; TOLA CIRES, Fernando. Derecho Romano. Obligaciones, Contratos, Delitos y Acciones. Ed. San Marcos. Lima, 1997.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Presupuestos para el orden de la imputación de pago efectuada por el acreedor

La imputación por el acreedor se realiza conforme al artículo 1258 del Código Civil cuando: a) la imputación la hace el acreedor al momento de emitir el recibo si es que no la ha hecho el deudor; y b) una vez que se emite el recibo no cabe reclamo alguno ***(Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 51).***

Imputación legal

Artículo 1259.- *No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.*

Concordancias:
C.C. arts. 1256, 1293, C.T. art. 31

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

La norma franquea la imputación ante el silencio del deudor y del acreedor y registra como antecedente al artículo 1267 del Código Civil de 1936.

Se trata de una genuina norma supletoria que opera ante el silencio del deudor y del acreedor respecto de la imputación del pago. La norma dispone un orden de prelación que establece un equilibrio entre el derecho que asiste al deudor y el que asiste al acreedor.

En efecto, el orden de prelación establecido dispone, en primer lugar, que el pago se aplique a la deuda menos garantizada en evidente protección del derecho del acreedor ante la posible insolvencia de su deudor. La cuestión radica en lo que debe entenderse por la deuda menos garantizada.

Habría que establecer si la garantía de la deuda es una personal o si se trata de una garantía real. La disminución de la garantía personal puede ser consecuencia de la situación de insolvencia en la que puede haber incurrido, o estar incurriendo el fiador y, si se trata de garantías reales, de la pérdida del valor de los bienes afectados en prenda o en hipoteca. Este primer orden de la prelación favorece al acreedor en cuanto da preferencia a la deuda menos garantizada a fin de evitarle la frustración de su derecho a ser pagado.

En segundo lugar, el orden de prelación está referido a la obligación menos onerosa para el deudor si todas sus deudas están igualmente garantizadas. La onerosidad de las deudas puede ser resultado de los intereses que se vienen devengando, los que respecto de una u otra obligación alguna puede estar devengándolos con una tasa mayor, o que, incluso, respecto de alguna se haya formalizado un pacto de anatocismo. Pero puede ser resultado también de la necesidad del deudor de utilizar el bien afectado en garantía si, por ejemplo, fue prendado con entrega física. Este segundo orden de prelación, como puede apreciarse, se ha establecido en favor del deudor.

En tercer lugar, si todas las deudas están igualmente garantizadas y son igualmente onerosas, la prelación está referida a la obligación más antigua, pues así se va aliviando la responsabilidad del deudor frente a su acreedor y este se favorece también al hacer efectivo su crédito sobre la obligación de mayor data.

Por último, la norma dispone que si las reglas que establece no pueden aplicarse, la imputación deberá hacerse proporcionalmente, a prorrata. La solución es adecuada y equilibra los respectivos derechos del *accipiens* y del *solvens*.

DOCTRINA

ARTEAGA, Jesús María y ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. Curso de Obligaciones. Temis. Bogotá, 1979; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil, el Derecho de las Obligaciones. T. II. P.L.

Villanueva. Lima, 1957; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Temis. Bogotá, 1978; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Instituciones de Derecho Civil. Vol. I. Tecnos. Madrid, 1995; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. Cultural Cuzco editores. Lima, 1987; JOSSERAND, Luis. Derecho Civil. T. II. EJEA. Buenos Aires, 1950; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. T. III. WG Editor. Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. IV. EJEA. Buenos Aires, 1979; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Temis. Bogotá, 1980; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. T. VII. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial. Lima, 1996; ROMERO ZAVALA, Luis. El Derecho de las Obligaciones en el Perú. T. II. Ed. FECAT. Lima, 1999; TOLA CIRES, Fernando. Derecho Romano. Obligaciones, Contratos, Delitos y Acciones. San Marcos. Lima, 1997.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Presupuestos para el orden de la imputación de pago legal

La imputación legal conforme al artículo 1259 del Código Civil: a) procede cuando no es efectuada por acreedor ni deudor; y b) el pago se imputa: 1) a la deuda menos garantizada; 2) si todas están igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; 3) si todas resultan igualmente onerosas, a la más antigua; 4) si esto no es posible, la imputación es a todas proporcionalmente (Cas. N° 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 51).

CAPÍTULO QUINTO
Pago con subrogación

Subrogación legal

Artículo 1260.- *La subrogación opera de pleno derecho en favor:*

1.- De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

2.- De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.

3.- Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.

Concordancias:
C.C. arts. 1176, 1185, 1203, 1222, 1889, 1890, 1891, 1897; LEY 26887 arts. 108, 109

MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

1. Nociones generales

Al contraerse una obligación, el deudor se compromete a cumplir con una o varias prestaciones en favor de otra persona, llamada acreedor. Pero no solo se constituye un mero vínculo de conciencia por parte del deudor –de quedarse en este estado estaríamos frente a lo que la doctrina denomina como obligación natural–, sino que el acreedor está facultado para exigir del deudor el cumplimiento efectivo de la prestación convenida. Es por eso que se dice que la obligación es una relación jurídica(1), porque el acreedor goza del respaldo de la ley para hacer uso de medios coercitivos en procura de satisfacer su crédito(2).

La obligación produce, pues, una situación de restricción de la libertad individual del deudor con respecto a la realización de determinados actos(3) a favor del acreedor.

Esta relación jurídica obligacional –como resulta obvio– es temporal, en el sentido de que se extinguirá cuando se haya satisfecho al acreedor en su interés mediante el cumplimiento de la prestación. Mediante este cumplimiento el deudor se verá liberado de aquella situación de restricción de su libertad personal.

Nuestro Código Civil de 1984 señala siete maneras en las que pueden extinguirse las obligaciones(4). El pago es una de ellas, siendo la más común, y se caracteriza por ser la realización de la prestación debida. El profesor Palacio Pimentel enseña que "el pago es el cumplimiento directo y normal de cualquier obligación por el deudor; es la exacta ejecución de

(1) Es con Friedrich Karl von Savigny, el célebre fundador de la Escuela Histórica del Derecho, que se introduce la noción de relación jurídica. Antes de él los autores concentraban el estudio de las obligaciones como la necesidad jurídica de cumplir con la prestación. Es decir, visualizaban a la obligación desde el punto de vista del deudor. A partir de Savigny el concepto de vínculo jurídico dio paso al de relación jurídica, por el cual se logró comprender el otro lado de la medalla: el derecho del acreedor a exigir su crédito.

(2) Por lo que estamos frente a lo que se denomina una obligación civil.

(3) Ya sea para realizarlos (prestación de dar o hacer) o para abstenerse de realizar algo (obligación de no hacer).

(4) El Código Civil peruano en la Sección Segunda de su Libro VI, Las Obligaciones, prevé siete formas de extinción de las obligaciones: el pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación, la transacción y el mutuo disenso. Sobre la inejecución de las obligaciones, para efectos de este trabajo, obviaremos comentar por no ser objeto de nuestro estudio.

la prestación, cualquiera que sea ella, por el deudor"[5]. Además, agrega que "exacta ejecución quiere decir prestación de todo lo que es debido, en la forma y lugar fijados, sin que sea posible sustituir una cosa por otra"[6].

Ahora bien, lo usual es que sea el deudor quien pague al acreedor, por lo que mediante este acto jurídico se extinguirá la obligación. Pero no siempre es así. Puede ser que un tercero (es decir, alguien que no forme parte directa de la relación obligacional), con su propio patrimonio, realice el pago al acreedor con o sin el consentimiento del deudor. En este último caso la ley reconoce a este tercero el derecho de exigir que el deudor le restituya el importe de lo que pagó, e incluso –bajo ciertas circunstancias– que pueda hacer suyos todos los derechos, acciones y garantías del primigenio acreedor. Cuando esto ocurre así, se dice que ha ocurrido un pago con subrogación.

2. El pago con subrogación

a) Subrogación

Moisset de Espanés ha señalado que la tendencia actual del Derecho de las Obligaciones es entender a la subrogación como una institución jurídica que no solo es aplicable a efectos del pago efectuado por un tercero. En efecto, este reconocido autor explica que "subrogación, diríamos lisa y llanamente es sustitución o reemplazo, y no aparece solamente a propósito del pago"[7]. Por lo tanto, no solo podemos hablar de subrogación en el Derecho de las Obligaciones, sino también en los Derechos Reales, pues puede existir subrogación de bienes[8].

Sin embargo, lo que a nosotros nos interesa en estos comentarios es ingresar en el análisis de la subrogación en el terreno del Derecho de las Obligaciones, es decir, aquella que se produce con respecto al pago efectuado por un tercero.

b) Naturaleza especial del pago con subrogación

Como decimos, dentro del lato ámbito de la subrogación, nos interesa aquella de carácter personal "mediante la cual una obligación es ejecutada o satisfecha o cumplida por persona distinta de la directamente obligada"[9].

Betti define a este tipo de subrogación "como el fenómeno de subingreso, por el que un sujeto sustituye a otro en la misma posición jurídica que este ocupa o, por lo menos que le estaba destinada"[10].

En el mismo sentido, luego de distinguir entre subrogación real y personal[11], Ospina Fernández sostiene que la subrogación personal se presenta "en todos los casos en que una persona reemplaza a otra en uno o más derechos u obligaciones"[12].

(5) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. *Las Obligaciones en el Derecho Civil peruano*. Editora y Distribuidora de Libros Huallaga, Lima, 1990. Tomo I, Tercera edición, p. 449.
(6) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Ob. cit. Loc. cit.
(7) MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "Notas sobre el pago con subrogación en el Código Civil peruano". En: *Actualidad Jurídica*. N° 81. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 55.
(8) El caso de la prenda global y flotante es muy claro.
(9) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Ob. cit., p. 536.
(10) BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970. Traducción y notas de José Luis de los Mozos. Tomo II, p. 254.
(11) La diferencia radica en que la subrogación real es la sustitución jurídica de un bien por otro bien, mientras que en la subrogación personal la sustitución se da entre personas.
(12) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Editorial Temis Librería. 3ª edición corregida, Bogotá, 1980. p. 377.

En resumen, la subrogación se presenta cuando quien no está directamente comprometido en ejecutar la prestación, o parte de ella, lo hace. La ley le concede a este *solvens* (quien efectúa el pago), el derecho de ocupar la posición del acreedor satisfecho –quien no podrá negarse a recibir el pago– con todas sus prerrogativas, llámense acciones o garantías.

Este pago, como se puede observar, constituye una situación especial. No es como el pago simple o convencional en el que la obligación se extingue. En el pago con subrogación, a pesar de que se haya satisfecho el interés del acreedor, la relación obligacional va a subsistir. Incluso la obligación va a pervivir con los mismos privilegios en favor de la parte acreedora. Lo único que va a cambiar va a ser la persona del acreedor, pues el *solvens* va a sustituir al primigenio acreedor.

Haciendo un juego de palabras, en el pago con subrogación la obligación se va a extinguir solamente para el primigenio acreedor, quien habiendo recibido el pago abandonará la relación obligacional porque su interés habrá quedado satisfecho. En cambio, para el deudor la obligación seguirá existiendo.

Pongamos un ejemplo: D, deudor, se compromete a realizar un pago en favor de A, acreedor, consistente en una obligación de dar suma de dinero. Si C cumple con entregar el importe a A, este se verá satisfecho en su interés y para él la obligación se habrá extinguido. En cambio, para D la obligación aún subsistirá porque C tendrá expedito el camino para exigirle la restitución de lo pagado.

Pero, ¿qué naturaleza puede tener un pago que solo va a producir sus efectos sobre una parte de la relación obligacional? ¿Acaso no resulta contradictorio sostener que efectuado el pago la obligación va a subsistir? Esta aparente aporía la resuelve el destacado comentarista colombiano Guillermo Ospina Fernández mediante la siguiente fórmula: "Dentro de este orden de ideas, el pago con subrogación es un acto jurídico típico que del pago puro y simple solo toma el efecto de desinteresar al acreedor satisfecho, pero que no extingue, según algunos lo creen, el crédito correlativo a la deuda pagada, idea esta que sí es contraria a la noción lógica de la obligación, porque equivale a suponer que el vínculo obligatorio podría quedar reducido a su lado pasivo, el de la deuda, para después revivir en su integridad jurídica mediante el injerto de un nuevo acreedor. No. Dicho vínculo obligatorio subsiste en su integridad y con todos sus accesorios, privilegios y garantías, y el pago por el tercero, al desinteresar al acreedor, solo produce una sucesión personal e instantánea entre estos"[13].

3. El pago con subrogación legal en el Código Civil peruano

a) Subrogación legal

El Código de 1984 ha tratado al pago con subrogación en cinco artículos (1260 al 1264) contenidos en el Capítulo Quinto del Título II de la Sección Segunda del Libro VI de las Obligaciones.

En este articulado, nuestro Código Civil ha previsto dos clases de pago con subrogación. La primera es la subrogación legal, la segunda es la subrogación convencional. En el artículo 1260 se han previsto las modalidades de subrogación legal, mientras que en el 1261 se prevén las de subrogación convencional.

(13) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Ob. cit., p. 380.

Nos centraremos en la subrogación legal. Esta, como su nombre lo indica, opera por imperio de la ley. Es decir, sin que medie acuerdo entre las partes, por el simple hecho de efectuar el pago, el *solvens* adquiere todos los beneficios que la subrogación concede. Entiéndase que en un hipotético caso es posible que haya mediado acuerdo entre las partes, pero este será irrelevante porque la ley ya previó tal situación.

Pues bien, veamos cada uno de estos supuestos de subrogación legal previstos en nuestro Código Civil:

b) Supuestos de subrogación legal

b.1) Pago efectuado por un deudor solidario o indivisible (artículo 1260, inciso 1)[14]

Este supuesto se presenta cuando un deudor solidario e indivisible paga el íntegro de la deuda al acreedor. Por mandato de la ley, este simple hecho de pagar la deuda convierte al ex deudor solidario en el nuevo acreedor, estando facultado para exigir a sus codeudores (ahora, deudores) el pago de sus respectivas partes alícuotas de la deuda.

Esto es, el *solvens* se convierte en el nuevo acreedor (denominado por nuestro Código Civil –incorrectamente, como después veremos– acreedor subrogado) de sus antiguos codeudores.

Pues bien, es posible formularnos algunas interrogantes.

La primera es, por qué razón el Código solo establece la subrogación legal tratándose del pago efectuado por un deudor solidario o indivisible, y no prevé la misma consecuencia cuando el pago es efectuado por un deudor mancomunado. La razón de esta distinción radica en que en las obligaciones mancomunadas cada deudor lo es de una parte específica de la deuda, no de una parte alícuota, como sucede con las obligaciones solidarias.

Sin embargo, tal como señalan Osterling y Castillo[15], es pertinente advertir que sí se producirá la subrogación legal cuando la obligación sea mancomunada y a la vez indivisible. Esto es, lo que interesa para que surja la subrogación legal es que la obligación posea alguno de estos dos requisitos: que sea solidaria o bien que sea indivisible[16].

La segunda pregunta que podemos formularnos es si existirá subrogación legal cuando el deudor de una obligación solidaria o indivisible efectúa el pago no de la totalidad de la deuda, sino de una parte de ella. Creemos que la respuesta es afirmativa, pues lo que interesa es que uno de los deudores haya satisfecho, aunque sea parcialmente, el interés del acreedor; por lo que, efectuado el pago parcial, el *solvens* podrá exigir a los demás codeudores el reembolso de lo que pagó, tal como prescribe el artículo 1262.

(14) Código Civil. "Artículo 1260.- La subrogación opera de pleno derecho en favor: 1. De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros. (...)".

(15) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI. Segunda Parte, Tomo VII, Lima, 1996, p. 447.

(16) Los profesores Osterling y Castillo señalan acertadamente lo siguiente:
"Cabría aclarar que, en rigor, las hipótesis en que opera el pago con subrogación de pleno derecho, derivadas del inciso 1 del artículo 1260, son tres: a) Que la obligación sea indivisible y mancomunada; b) Que la obligación sea indivisible y solidaria; y, c) Que la obligación sea solidaria y divisible". OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit. Loc. cit.

b.2) Cuando paga quien tiene legítimo interés en el cumplimiento de la obligación (artículo 1260, inciso 2)[17]

En este supuesto, el pago lo efectúa un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación. Es el típico caso del fiador[18], aunque también –como afirman Osterling y Castillo[19]– alcanza por extensión el garante pignoraticio, hipotecario o anticrético.

De igual manera del supuesto anterior, este fiador o garante va a desplazar al antiguo acreedor, que ha visto satisfecho su crédito y perderá interés en la relación obligacional.

En ese sentido, el artículo 1889 del Código Civil establece que el fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor. Igualmente, el artículo 1891 señala que si son varios los deudores obligados solidariamente, el fiador que ha garantizado por todos puede subrogarse contra cualquiera de ellos por el íntegro de lo pagado.

b.3) Cuando un acreedor de una obligación distinta y secundaria paga a otro preferente (artículo 1260, inciso 3)[20]

Para que se cumpla a cabalidad este tipo de subrogación legal es necesario que se presente un deudor que tenga varios acreedores de diferentes obligaciones, algunas de ellas de carácter preferente con respecto a las demás.

Pues bien, el acreedor no preferente (uno quirografario, por ejemplo), a fin de ver garantizado su crédito, puede pagarle el que le corresponda al acreedor preferente (uno hipotecario para seguir ejemplificando). Realizado este pago, el *solvens* no solo podrá exigir su antiguo crédito al deudor, sino también el nuevo que acaba de adquirir al haber realizado el pago al acreedor preferente.

Pero, ¿cuál sería la razón que lleve a un acreedor no preferente a pagar la deuda al acreedor de primer orden? Angel Gustavo Cornejo responde señalando lo siguiente: "Se comprende que el acreedor que paga la deuda del deudor común, lo hace en el interés de eliminar a otro acreedor que tiene crédito preferente al suyo, por dos razones: a) Porque disminuyendo el número de acreedores que concurren sobre los bienes del deudor, disminuyen los gastos de liquidación y distribución, y, por consiguiente, podrá alcanzar una porción mayor en el pago de su crédito; b) porque, tal vez el acreedor preferente, por impaciencia o por cualquier otra circunstancia, preferiría provocar la venta de los bienes en una mala época, con perjuicio de todos los acreedores. Estos, en cambio, podrán conceder las esperas que crean convenientes para la mejor satisfacción de sus derechos".

c) *¿Numerus clausus* o *apertus?*

Para finalizar nuestro breve análisis del artículo 1260 del Código Civil, cabe preguntarnos si el listado previsto en este artículo es *numerus clausus* o *numerus apertus.* De la simple lectura del artículo 1260 poco se puede obtener para arribar a una respuesta inobjetable.

(17) Código Civil "Artículo 1260.- La subrogación opera de pleno derecho en favor: 2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación. (...)".

(18) Código Civil "Artículo 1889.- El fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado".

(19) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 453.

(20) Código Civil "Artículo 1260.- La subrogación opera de pleno derecho en favor: 3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente".

Sin embargo, existe una lógica que subyace a la regulación de la subrogación legal. Esta es una situación excepcional que se presenta cuando un tercero que posee algún interés en la liberación del acreedor, realiza el pago a este último.

Como hemos visto, no existe algún supuesto de subrogación legal que permita el pago de un tercero que no posea algún interés en el cumplimiento de la obligación. Es en la subrogación convencional en la que un tercero sin ningún interés aparente puede intervenir válidamente y efectuar el pago. Por ello, debemos concluir que en nuestro ordenamiento jurídico se hace una interpretación restrictiva y taxativa de los casos en que opera la subrogación legal[21]; en consecuencia, no existen más supuestos de subrogación legal que los previstos en el artículo 1260 del Código Civil.

DOCTRINA

BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970. Traducción y notas de José Luis de los Mozos. Tomo II. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Notas sobre el pago con subrogación en el Código Civil peruano. En: Actualidad Jurídica, N° 81. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2000. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis Librería. Bogotá, 1980. Tercera edición corregida. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI. Lima, 1996. Segunda Parte, Tomo VII. PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Las Obligaciones en el Derecho Civil peruano. Editora y Distribuidora de Libros Huallaga, Lima, 1990. Tomo I, Tercera Edición.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

El garante hipotecario goza de la subrogación legal

Al garante hipotecario le asiste el derecho de pagar en subrogación legal, al amparo del artículo 1260 inciso 2 del Código Civil, a fin de desafectar su bien inmueble. El Código Procesal le asigna la calidad de ejecutado hipotecario, concediéndole para ello un plazo de tres días. La demanda de ejecución de garantías debe dirigirse contra el deudor o deudores hipotecarios y debe ponerse en conocimiento del deudor de la obligación personal ***(Cas. N° 785-2001-Lima).***

(21) A diferencia del Código Civil colombiano, que aparte de señalar en su artículo 1668 los casos en que opera la subrogación legal abre la posibilidad a que ingresen como supuestos de subrogación legal otros casos que señala la ley, nuestro Código Civil peruano de 1984, al igual que el derogado de 1936, enumera en el artículo 1260 los únicos casos en que procede la subrogación legal. Es por eso que el Código realiza una interpretación restrictiva y taxativa en este asunto.

Subrogación convencional

Artículo 1261.- *La subrogación convencional tiene lugar:*

1.- Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.

2.- Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.

3.- Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago.

Concordancias:
C.C. art. 1222

MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

1. Nociones generales

Hemos visto en el comentario anterior los supuestos de subrogación legal, por lo que nos resta emprender el estudio de la subrogación convencional prevista en el artículo 1261 de nuestro Código sustantivo.

Como afirman Osterling y Castillo, la subrogación convencional es aquella que surge de la voluntad humana(1). Esto es claro. Lo que sí tenemos que esclarecer es que si es producto del acuerdo de voluntades entre *solvens* y deudor, o entre acreedor y *solvens*, o entre los tres. Para la legislación colombiana, la subrogación convencional es producto de un pacto entre acreedor y *solvens*(2), por lo que elimina toda posibilidad que se produzca esta modalidad de subrogación en virtud de un acuerdo entre deudor y *solvens*(3).

Nuestra legislación nacional ha regulado de una manera distinta el pago con subrogación convencional. En primer lugar, admite la posibilidad de subrogación convencional por acuerdo entre deudor y *solvens*, además de la que nace en virtud de pacto entre acreedor y *solvens*. Y en segundo lugar, no hace indispensable que se le notifique al deudor para dar validez al pago con subrogación, cuando ha mediado convenio entre acreedor y *solvens*.

Todo esto en detalle procuraremos analizar a continuación, al comentar cada uno de los supuestos previstos para la subrogación convencional. Cabe señalar que, por razones metodológicas, empezaremos el análisis de los supuestos de subrogación convencional con los dos últimos, para luego extendernos en el análisis del artículo 1.

(1) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI. Lima, 1996. Segunda Parte, Tomo VII, p. 445.

(2) Código Civil colombiano: "Artículo 1669: Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor, cuando este, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor; la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago". El Proyecto de Código Civil colombiano establece una similar norma en su artículo 582.

(3) En este caso se constituiría un supuesto de subrogación legal. Código Civil colombiano: "Artículo 1668. Se efectúa la subrogación legal... 6. Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en escritura pública del pago haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero".

2. Supuestos de subrogación convencional

a) Pago efectuado por un tercero con la aprobación del deudor (artículo 1261, inciso 2)[4]

En este caso, el *solvens* va a realizar o efectuar la prestación a la que está obligado el deudor, con el consentimiento de este. Su peculiar característica estriba en que quien paga es un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación. Es por eso que para gozar de los derechos que otorgue la subrogación –sustituir al acreedor en todas las acciones y garantías que le corresponden– necesita de la aprobación expresa o tácita del deudor.

Como decimos, debe tratarse de un tercero no interesado, porque de lo contrario (esto es, que sea un tercero con interés en el cumplimiento de la obligación), estaríamos frente a un supuesto de subrogación legal, por lo que no necesitaría del asentimiento del deudor.

Asimismo, como sostienen Osterling y Castillo, el tercero debe pagar con la certeza que lo hace por una obligación ajena, pues "si el tercero pagara en el entendido de que lo está haciendo por una obligación propia, y no por una ajena, se estaría configurando un supuesto de pago indebido, pues habría mediado error de hecho o de derecho..."[5].

b) Pago efectuado por el deudor con una prestación que ha recibido en mutuo de un tercero (artículo 1261, inciso 3)[6]

En este caso, el pago lo va a efectuar el deudor con los fondos que ha obtenido en virtud de un contrato de mutuo que se haya celebrado por documento de fecha cierta, con la finalidad de realizar una subrogación y que se exprese –al momento de producirse el pago– su procedencia.

Se prevé esta situación porque a veces el tercero prefiere evitarse el trabajo de localizar, conversar y entregar directamente el dinero u otro bien consumible al acreedor. Es por eso que para no dejar indefenso al *solvens* –que ha prestado al deudor un monto que probablemente le evitará la pesada carga de constituirse en mora–, la ley igualmente le concede los derechos que otorga la subrogación.

Ahora bien, para que se presente esta modalidad de subrogación convencional, se necesita que se presenten los siguientes requisitos:

a) Que se celebre por documento de fecha cierta. En la destacada opinión de los doctores Osterling Parodi y Castillo Freyre, "es requisito indispensable para que opere esta figura jurídica que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta..."[7]. Por nuestra parte, no somos tan concluyentes. No sancionando el precepto en comentario con la nulidad del o por la inobservancia de esta formalidad, consideramos que la indicación que se haga por documento de fecha cierta es

(4) Código Civil. "Artículo 1261: La subrogación convencional tiene lugar: 2. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor (...)".

(5) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 482.

(6) Código Civil. "Artículo 1261: La subrogación convencional tiene lugar: 3. Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos el acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago".

(7) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 483.

una forma *ad probationem* y no *ad solemnitatem*[8], lo que nos persuade a afirmar que el contrato de mutuo podrá ser celebrado por contrato privado y ser válido para servir de sustento a una subrogación convencional.

b) Que el contrato de mutuo se celebre con la finalidad de realizar un pago con subrogación. Mediante este requisito se asegura que el deseo del prestamista o *solvens* se cumpla. Es decir, quien provee una prestación al deudor lo hace con la finalidad de que este cumpla con satisfacer el interés del acreedor. Es por eso que se conviene en celebrar un contrato de mutuo, no por otra razón.

c) Que al momento de producirse el pago se exprese su procedencia. "Otro requisito previsto por la ley es que al momento en que el deudor haga el pago a su acreedor, manifieste que el dinero o bienes con los que está pagando provienen de un contrato de mutuo en el cual él es mutuatario, a fin de que tal acreedor puede conocer que va a operar la subrogación convencional"[9].

c) Pago efectuado por un tercero sin el consentimiento o conocimiento del deudor (artículo 1261, inciso 1)[10]

Esto es, cuando paga un tercero no interesado en la obligación principal sin la aprobación del deudor. Hasta este inciso hemos visto los casos en que un deudor solidario y un tercero interesado (subrogación legal), o un tercero no interesado con aprobación del deudor (subrogación convencional, art. 1261, incs. 2 y 3) realiza el pago al que está obligado el deudor, quien conserva la obligación en favor del *solvens,* el cual se ha convertido en su nuevo acreedor.

Pues bien, en este inciso 1 del artículo 1261 ocurre una situación muy especial. Se faculta a un tercero no interesado en la obligación a pagar al acreedor. Si este acreedor consiente en transmitir todas las acciones, garantías y derechos al *solvens,* habrá ocurrido una subrogación convencional por acuerdo entre acreedor y *solvens.*

La subrogación, bajo esta modalidad, opera sin el consentimiento del deudor, esto es puede ser sin su conocimiento e, incluso, con su disconformidad o negativa. La ley dispone que la voluntad del deudor en este tipo de subrogación convencional es irrelevante para la validez de la misma.

Veamos un ejemplo: D es deudor de A, acreedor. Aparece T que efectúa el pago a B. Este, viéndose satisfecho en su interés, acuerda con C en concederle todos los derechos, acciones y garantías que tiene respecto del deudor, D. Basta con esto para que haya operado esta modalidad de subrogación convencional.

Lo anterior nos revela que lo importante en esta modalidad de subrogación es el consentimiento del acreedor, no a recibir el pago –porque no puede negarse a esto– sino en otorgar al *solvens* las prerrogativas que la subrogación concede[11].

(8) Acerca de este punto ver: VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil peruano.* Cultural Cuzco Editores. Lima, 1989, pp. 116-125. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico.* Grijley. Lima, 1994. 2ª edición, primera reimpresión, pp. 135-144.

(9) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit., p. 484.

(10) Código Civil. "Artículo 1261: La subrogación convencional tiene lugar: 1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos (...)".

(11) Ospina tiene una opinión similar: "Visto está que para la validez del pago en general no se requiere el consentimiento del acreedor, porque la ley encuentra injustificada la renuencia de este a recibir la satisfacción de su derecho. El mismo principio preside la subrogación legal por el pago: este puede hacerse a pesar del acreedor, y

Claro que no procedería la subrogación cuando se trata de obligaciones *intuitu personae* o haya mediado pacto entre las partes que prohíba el pago efectuado por una persona ajena a la relación obligacional.

Ahora bien, creemos que la actual redacción del artículo 1261 del Código nacional contempla dos situaciones distintas y que no merecen un tratamiento conjunto. Los incisos 2 y 3 prescriben una situación sensata: un deudor –que se encuentra en una condición que no le permite efectuar el pago a su acreedor con sus propios fondos– asiente que un tercero no interesado pague al acreedor o que le proporcione una prestación –mediante un contrato de mutuo– para satisfacer el crédito del acreedor. Esto nos parece correcto, ya que acreedor, deudor y *solvens* se ven favorecidos. El acreedor porque ve su interés satisfecho; el deudor porque de otra manera no prestaría su consentimiento, y el *solvens* porque al concedérsele la calidad de subrogado encuentra garantizado el importe de lo que pagó.

Cuestión distinta es la que se produce conforme al inciso 1 del artículo en estudio. La ley permite que mediante acuerdo entre acreedor y *solvens*, este adquiera la condición de subrogado con el solo hecho de pagar a aquel. El cambio en la persona del acreedor se realiza sin la participación de la voluntad del deudor, "quien podría no estar enterado o, incluso, oponerse al mismo".

Esta disposición nos parece injusta por el hecho de permitir obviar al deudor para producir este cambio de la relación obligacional, en cuanto cambia la persona del acreedor vía acuerdo entre acreedor y *solvens*. Nuestra disconformidad se centra en los casos de subrogación convencional, porque en los casos de subrogación legal –como ya hemos visto– se puede configurar válidamente sin el consentimiento del deudor. Pero la diferencia radica en que los supuestos de subrogación legal: quien paga lo hace porque es codeudor solidario o tiene legítimo interés en el cumplimiento de la obligación. En el caso que analizamos –subrogación convencional– quien efectúe el pago es un tercero no interesado, lo que hace mucho más delicado y complejo su tratamiento.

Pongamos un ejemplo, D es deudor de una obligación que está muy cercana a prescribir de A, acreedor. A, por razones de amistad, de simple caridad o dejadez, no realiza ningún acto consecuente a forzar a D para que cumpla la prestación. Aparece T, un tercero ajeno a la obligación descrita, que conoce tal estado de cosas y paga a A. Este consiente en transmitir a T la calidad de subrogado. El gran perjudicado va a ser D pues es evidente que T, siendo más diligente, ejercerá todos los actos que la ley le permite para exigir su crédito.

Lo anterior nos permite observar que se rompe el principio, señalado en la doctrina[12], que la subrogación conlleva un beneficio a los tres actores: acreedor, *solvens* y deudor. En este caso, el deudor que contaba con la prescripción de la acción que podría exigir el cumplimiento de la obligación, se verá compelido con un nuevo acreedor que de seguro –porque de no ser así, no hubiera efectuado el pago al acreedor– hará todo lo posible por recobrar el importe de lo que pagó.

---

el efecto subrogatorio de dicho pago se produce de jure, o sea que el crédito y sus accesorios pasan al solvens, sin contar pare ello con la voluntad del acreedor. Pero en la subrogación convencional, como su sola denominación lo indica, el acreedor sí debe convenir tanto en el pago como en la subrogación de sus derechos en favor del solvens". OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Editorial Temis Librería. 3ª edición corregida, Bogotá, 1980, p. 394.

(12) Ver sobre el particular lo reseñado por OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit. p. 431.

En otras palabras, con este inciso se abre una alternativa para que maliciosamente se busque perjudicar a deudores que en muchos casos pueden ser no solventes. Porque –y esto nos parece obvio– quien no desee perjudicar al deudor y desee pagar, lo hará con el conocimiento y asentimiento de este, lo que estaría dentro del supuesto previsto en el inciso 2 del artículo en cuestión.

De esta manera, consideramos que el inciso primero del artículo 1261 debería ser modificado estableciendo expresamente que la subrogación convencional tiene lugar cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor. En nuestra opinión, así se protegería al deudor –que generalmente es la parte más débil de la relación obligacional–, sin descuidar el legítimo derecho del acreedor de exigir el cumplimiento de la prestación porque mantiene las demás formas de recuperar su crédito.

DOCTRINA

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El Negocio Jurídico. Grijley. Lima, 1994. Segunda Edición, primera reimpresión; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis Librería. Bogotá, 1980. Tercera edición corregida; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI. Lima, 1996. Segunda Parte, Tomo VII; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico en el Código Civil peruano. Cultural Cuzco Editores. Lima, 1989.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La subrogación convencional

{E}l inciso 1 del artículo 1261 del Código Civil regula uno de los supuestos de subrogación convencional que se produce cuando "el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos". La subrogación es entendida como, el subingreso de un tercero en el derecho del acreedor, como consecuencia del pago de la deuda, generando efectos a favor del tercero {Bianca}. Ya de manera concreta, el supuesto de hecho denunciado como inaplicado, prevé la denominada "subrogación por voluntad del acreedor", en donde el acreedor recibe el pago de un tercero, siendo que este se sustituye en sus derechos, en donde el pago que efectúa el tercero no es cualquier evento que viene a satisfacer el interés del acreedor, sino que es la ejecución de la prestación de parte de un sujeto legalmente legitimado a cumplir ***(Cas. N° 3553-2007-Lima).***

Diferencia entre pago con subrogación y la cesión de derechos

la subrogación se diferencia de la cesión de derecho, en que en el primer caso hay un pago, razón por la cual la figura se ubica en el título "del pago", y no necesita de la afectación del deudor ni que se le dirija comunicación fehaciente, como prescribe el artículo 1215 del Código Sustantivo, que por tanto es impertinente ***(Cas. N° 2560-1998-Lima).***

SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Subrogación en créditos laborales

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1261 del Código Civil, la subrogación convencional opera, entre otros supuestos, cuando un tercero paga la obligación con aprobación expresa o tácita del deudor. Asimismo, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 856 señala que el privilegio laboral se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de las obligaciones laborales ***(Resolución N° 0300-2005/TDC-INDECOPI).***

La entrega de promesas de pago no constituye un supuesto de pago con subrogación

Si bien la empresa subrogada entregó al acreedor un cheque y una letra de cambio en ejecución del contrato de mutuo con subrogación celebrado entre dicha empresa y el deudor, debe tenerse en cuenta que el artículo 1261 del Código Civil dispone que la subrogación convencional opera en supuestos que implican el pago de la deuda por un tercero, por lo que la entrega de documentos cambiarios que constituyen órdenes o promesas de pago no generaba por sí misma los efectos de la subrogación, sino solo hasta que tales documentos fueran pagados. En este sentido, la empresa subrogada pagó la deuda incorporada en el cheque y parte de la deuda incorporada en la letra de cambio, respecto de cuyo monto operó solo la subrogación, más no respecto del saldo de la deuda que aún se encuentra impaga ***(Resolución N° 0757-2005/TDC-INDECOPI).***

Efectos de la subrogación

Artículo 1262.- ***La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.***

Concordancias:
C.C. art. 1264; LEY 26887 art. 239

MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

1. Nociones generales

Este artículo contiene la idea central que subyace en el fenómeno del pago con subrogación: la sustitución del primigenio acreedor por aquel que ha pagado la deuda del deudor, y la transmisión de los derechos, acciones y garantías a favor del *solvens*, hasta por el monto de lo pagado. Este es, pues, el artículo que expresa la naturaleza y principal característica del pago con subrogación.

Más allá de la aparente claridad del texto, consideramos pertinente intentar resolver algunas interrogantes que nos suscitan la lectura de este artículo. Pero antes de ello, queremos hacer notar el error cometido en nuestro Código (y que en este artículo 1262 se hace más evidente), al denominar como "subrogado" a quien en verdad vendría a ser el subrogante.

Como enseña Luis Moisset de Espanés, "en el llamado pago con subrogación, el subrogado es el acreedor; es el sujeto activo de la relación obligatoria, quien es reemplazado o sustituido por otra persona, que le ha hecho el pago. Por lo tanto, el acreedor originario o primitivo, que queda desplazado de la relación obligatoria, es el subrogado. El tercero, que aparece ahora en esa relación ocupando el lugar del acreedor, ese tercero que ha hecho un pago, es el subrogante, porque es el que obra activamente para desplazarlo al acreedor. Y el deudor, que permanece en la misma situación, es el subrogatario. En el Código están confundidos a veces estos vocablos, y así podemos ver que en el inciso 1 del artículo 771 (del Código Civil argentino), se nos dice que 'el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor...'. Y no es el subrogado, sino el subrogante, el que no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, porque el subrogado, reemplazado o sustituido, es el acreedor originario[(1)]" (el paréntesis es nuestro).

Estas reflexiones del Dr. Moisset de Espanés bien pueden ser aplicadas para nuestro Código Civil peruano, pues en el artículo que es materia de comentario se incurre en el mismo error que se presenta en la legislación argentina. En efecto, el artículo 1262 del Código Civil peruano establece que "la subrogación sustituye al **subrogado** en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado (el resaltado es nuestro)", cuando debió decir "la subrogación sustituye al **subrogante** en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado".

2. Efectos de la subrogación

a) Derechos, acciones y garantías

Como hemos señalado, el principal efecto del pago con subrogación es la sustitución del *solvens* en la titularidad de los derechos, acciones y garantías. Esta consecuencia se presenta

(1) MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de Obligaciones*. Tomo II. Advocatus. Córdoba, Argentina, 1998, p. 194.

en ambas modalidades de subrogación (legal y convencional), obviamente hasta el monto de lo que hubiese pagado.

Ahora bien, qué debemos entender por "derechos, acciones y garantías". De una lectura rápida se podría pensar que se trataría de conceptos sinónimos, es decir, expresiones utilizadas por el legislador para informar lo mismo.

Sin embargo, existen autores que han expresado las diferencias conceptuales de estas expresiones. Así, según nos refieren Osterling y Castillo[2], Jorge Joaquín Llambías ha señalado que con la expresión "derechos" se quiere denotar a todo el cúmulo de prerrogativas que correspondían al acreedor primitivo, en razón de su título, las que se desplazan y quedan establecidas en cabeza del subrogado; derechos entre los que cabe mencionar los privilegios, que son calidades inherentes al crédito transmitido, la garantía de evicción, la facultad de cobrar intereses, de acudir a los tribunales competentes para entender en la causa, etc.

Asimismo, Llambías señala que "todas las acciones" es una expresión que hace referencia a los medios para hacer valer ante los tribunales cualquier pretensión que hubiese correspondido al acreedor originario, tales como la rescisión o resolución del contrato que generó la obligación, la acción revocatoria o pauliana, la facultad de trabajar un embargo, la facultad de intervenir en un proceso iniciado por el acreedor primitivo contra el deudor, entre otros.

Finalmente, con la expresión "todas las garantías" del crédito, se hace referencia –según Llambías– a las hipotecas, prendas, fianzas o derechos de retención que se hubiesen otorgado a favor del acreedor primigenio.

Por su parte, Guillermo Borda enseña que mediante la subrogación se "traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores como contra los fiadores; y que por aplicación de esta norma debe admitirse que pasan al nuevo acreedor los privilegios que favorecen al crédito, las acciones de resolución, las garantías tales como hipotecas, prendas, fianzas, o el derecho a concurrir ante los tribunales que eran competentes para atender en la demanda que tenía derecho a entablar el acreedor originario contra su deudor"[3].

No tenemos, pues, nada más que agregar a lo ya expuesto por estos profesores argentinos.

b) Límites de la transmisión de los derechos, acciones y garantías

El artículo bajo comentario establece con toda claridad cuál es el límite de las prerrogativas que se transmitirán al *solvens*: las que correspondan hasta por el monto de lo que ha pagado.

Esto significa que el *solvens* no podrá exigir de los deudores el pago de una suma adicional a la que él en su momento entregó al antiguo acreedor, y que tampoco podrá valerse de las garantías o acciones que correspondan a la deuda no pagada. O sea, el límite de sus privilegios está determinado por lo que en su momento pagó. Nada más.

c) Transmisión parcial de los derechos, acciones y garantías

Finalmente nos queda determinar si, así como es posible que el *solvens* realice un pago parcial, también podrá recibir una transmisión parcial de los privilegios del antiguo acreedor.

(2) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI. Lima, 1996. Segunda Parte, Tomo VII, p. 496.

(3) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I, pp. 592 y 593.

En otras palabras, ¿podrá existir transmisión parcial de los derechos, acciones y garantías a favor del *solvens*? ¿O esta transmisión necesariamente deberá operar sobre la totalidad de estos privilegios?

Para nosotros la respuesta es clara. Dicha transmisión puede ser sobre todos los derechos, acciones y garantías que detente el antiguo acreedor, así como sobre algunas de estas prerrogativas.

Pensamos así por dos motivos. Primero, porque dependerá del importe pagado por el *solvens* para determinar qué derechos, acciones y garantías le serán transmitidos. Si efectuó un pago parcial, pues adquirirá las prerrogativas que correspondan a ese monto.

Y, el segundo motivo que nos lleva a afirmar la posibilidad de una transmisión parcial, es que en la subrogación convencional, el solvens requiere el asentimiento del deudor (incisos 2 y 3 del artículo 1261) o del acreedor (inciso 1 del referido artículo) para poder subrogarse al antiguo acreedor. Entonces, es perfectamente posible que el acreedor o el deudor –de ser el caso– solo consientan en trasmitir algunos derechos, acciones o garantías.

Igualmente, es probable que alguna de estas prerrogativas no pueda ser transmitida, por ejemplo, tratándose de una fianza que expresamente haya sido establecida para garantizar el pago de la deuda a favor de determinada persona.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Curso de Obligaciones. Tomo II. Editorial Advocatus. Córdoba, Argentina, 1998; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI. Lima, 1996. Segunda Parte, Tomo VII.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La subrogación se diferencia de la cesión de derechos, en que, en el primer caso hay un pago por el cual se sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiere pagado, como lo establece el artículo 1262 del Código Civil; mientras que 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, como señala el artículo 1206 del anotado Código. El pago con subrogación no necesita de la aceptación del deudor ni que se le dirija la comunicación fehaciente que establece el artículo 1251 del Código Civil **(Cas. N° 2679-2002-La Libertad).**

La subrogación en los supuestos de resarcimiento por daño

{S}ubsiste el hecho acreditado de la responsabilidad del demandado, y como se anotó el actor ha interpuesto la demanda por haberse subrogado en el lugar de su asegurado; quien tenía derecho a una indemnización a fijarse en soles una vez acreditados los daños sufridos; presentándose como oportuno acotar que por la subrogación se sustituye al subrogado en todos sus derechos de acuerdo al artículo 1262 del Código Civil; de donde deriva que el demandante tiene derecho a que se fije una indemnización en soles, para lo cual los juzgadores deberán analizar los daños sufridos por el subrogado en base a la prueba ofrecida, fijando el monto en soles correspondiente, el que no podrá superar la suma en soles equivalente a la cifra en dólares pagada por la Compañía aseguradora; determinación que implica necesariamente la valoración de la prueba que compete ser realizada por las instancias y no por la Corte de Casación **(Cas. N° 3732-2001-Callao).**

La subrogación de las empresas aseguradoras

La decisión tomada por las instancias de mérito, declarando fundada la demanda, está amparada por el artículo 1262 del Código Civil y el artículo 793 del Código de Comercio, que faculta al asegurador que ha pagado los daños a subrogarse en el lugar del asegurado para todos los derechos y acciones que correspondan contra los que causaron la pérdida de los efectos asegurados **(Cas. N° 2190-1998-Lima).**

Efectos de la subrogación en las obligaciones indivisibles o solidarias

Artículo 1263.- ***En los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, solo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de estos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 1204.***

Concordancias:
C.C. arts. 1203, 1204, 1260 inc. 1)

MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

En el comentario al artículo 1260 del Código Civil puede apreciarse que uno de los supuestos de subrogación legal se presenta cuando una persona paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros. Esto es, cuando un deudor solidario e indivisible paga el íntegro de la deuda al acreedor.

Habíamos visto que, por expreso mandato de la ley, el hecho de pagar la deuda convierte al ex deudor solidario en el nuevo acreedor, estando facultado para exigir a sus codeudores (ahora, simplemente, deudores) el pago de la deuda.

Pues bien, este artículo 1263 precisa que el *solvens*, efectivamente, se encuentra autorizado para exigir el pago de la deuda a sus ex codeudores, pero solo hasta por el monto por el que cada uno estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda.

Esto significa que efectuado el pago por el *solvens*, la obligación pierde la característica de solidaridad o indivisibilidad que detentaba. En consecuencia, quien pague el íntegro de la obligación al acreedor primigenio, no gozará del beneficio de indivisibilidad ni de la solidaridad, por el cual hubiese podido cobrar el íntegro de la deuda a cualquiera de los codeudores. Todo lo contrario, la obligación se tornará en una de carácter divisible o mancomunada.

Es por eso que, con mucho acierto, Osterling y Castillo señalan que "el artículo 1263 constituye una excepción a la regla prevista por el artículo 1262, de modo que la indivisibilidad y la solidaridad se destruyen desde el momento en que se efectúa el pago".

Finalmente, se señala que deberán aplicarse las reglas del artículo 1204. Este artículo establece que si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación, y que si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.

DOCTRINA

BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970. Traducción y notas de José Luis de los Mozos; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Curso de Obligaciones, Tomo II. Editorial Advocatus, Córdoba, 1998; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La subrogación derivada de las obligaciones solidarias e indivisibles

(C)omo bien se ha establecido en autos, ha operado de pleno derecho la subrogación legal a favor del accionante, toda vez que este ha pagado la deuda a la cual estaba obligado indivisible y solidariamente con los demandados, razón por la cual está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores "(...) solo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de estos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda (...)", como precisa el artículo 1263 del Código Civil (Cas. N° 1006-2003-Ucayali).

Si deudor solidario de una obligación indivisible la satisface, se subroga en la situacion jurídica del acreedor respecto a sus codeudores

Ha operado de pleno derecho la subrogación legal a favor del accionante, toda vez que este ha pagado la deuda a la cual estaba obligado indivisible y solidariamente con los demandados, razón por la cual está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores "(...) solo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de estos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda (...)", como precisa el artículo mil doscientos sesenta y tres del Código sustantivo (Cas. N° 1006-2003-Ucayali).

Subrogación parcial

Artículo 1264.- *Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese solo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera.*

Concordancias:
C.C. art. 1262

MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

En el pago con subrogación, el *solvens* puede pagar la totalidad de la deuda al acreedor primigenio o una parte de ella. En este último caso se dice que la subrogación es parcial, porque el *solvens* solo efectúa el pago de una fracción de la deuda, y adquiere todos los derechos, acciones y garantías que el antiguo acreedor tuviera frente al deudor, hasta por el monto de lo que efectivamente hubiese pagado.

De igual manera –y a diferencia de lo que sucede cuando se paga el íntegro de la deuda–, en la subrogación parcial el acreedor mantiene su condición de tal en la relación obligacional, obviamente por el monto que no se le ha cancelado.

En otras palabras, producida la subrogación parcial, el deudor pasa de tener un solo acreedor (el acreedor primigenio, por el monto que aún no se le ha cancelado) a tener dos (el *solvens*, por el importe que pagó al acreedor primigenio).

Pues bien, en estos casos, el artículo 1264 ha establecido la siguiente regla: si los bienes del deudor no alcanzan para pagar a los dos acreedores, ambos deberán concurrir en igualdad de condiciones para el cobro de sus créditos. Por lo tanto, nuestra legislación se aparta de otros ordenamientos en los que la solución es distinta, como por ejemplo, la legislación francesa, en la que el artículo 1252 del Código Napoleón expresamente sanciona una preferencia a favor del acreedor primigenio para el cobro de la deuda.

Sin embargo, resulta completamente posible que por pacto expreso en contrario, el *solvens* y el acreedor primigenio acuerden que uno de ellos goce de la preferencia en el pago, pues el precepto contenido en este artículo solo tiene carácter supletorio de la voluntad de las partes.

DOCTRINA

BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970. Traducción y notas de José Luis de los Mozos; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Curso de Obligaciones, Tomo II. Editorial Advocatus, Córdoba, 1998; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.

CAPÍTULO SEXTO
Dación en pago

Definición

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

Concordancias:
C.C. arts. 484, 1593, 1369, C.P.C. art. 339

Reglas aplicables a la dación en pago

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

Concordancias:
C.C. arts. 1529 a 1601; C.P.C. art. 339

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

1. Concepto

Nos ocuparemos de la dación en pago, institución que el Código peruano de 1984 regula en dos artículos (1265 y 1266), y que en el anterior Código Civil argentino de 1869 fue denominada "pago por entrega de bienes", leyenda que precede al Capítulo 7 dentro del Título dedicado al pago.

En nuestro *Curso de obligaciones en el Derecho argentino* hemos dicho que esa denominación elegida por Vélez fue objeto de alguna crítica justificada, y que considerábamos preferible la denominación clásica, la romana, de *datio in solutum,* o sea **dación en pago,** porque en realidad cuando se habla de un pago por entrega de bienes, se despierta la idea de que se ha entregado algo corporal, algo tangible, y este modo extintivo de obligaciones no se reduce solamente a la posibilidad de entrega de una cosa, sino que admite otras alternativas, como ser la ejecución de un hecho en beneficio del acreedor, mediante el cual podría saldarse o extinguirse una obligación cuya prestación fuese distinta[1].

Por lo expuesto preferimos la denominación de "dación en pago", empleada en el actual Código Civil y Comercial argentino en su artículo 942 y por el legislador peruano que, con bastante acierto, describe esta institución en el artículo 1265: "El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse".

En la Exposición de Motivos se indica que esta norma tiene como antecedente inmediato el artículo 1274 del Código de 1936[2] y se citan con mucha prolijidad una serie de

(1) Ver nuestro *Curso de obligaciones*, Advocatus, T. II, Córdoba, 1993, pp. 239 y ss.

(2) "Artículo 1274 (Código peruano de 1936).- El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar".

antecedentes de Derecho Comparado[3], a lo que podríamos agregar lo previsto en los artículos 419 y 420 del Código griego[4]; el artículo 453 del Código Civil de Polonia[5]; artículo 307 del de Bolivia[6], artículo 112 del Código de Obligaciones de Senegal[7], y artículo 598 del Código Civil de Paraguay[8].

Parece conveniente destacar que, incluso en aquellos sistemas cuyos Códigos nada dicen de la "dación en pago", su empleo es una práctica negocial aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, pues –como su uso tampoco está prohibido– las partes pueden, de común acuerdo, sustituir la prestación originaria por otra que opere extintivamente.

Como ejemplo podemos citar lo que sucede en el Derecho español, donde la norma que establece que no se puede pagar con una prestación distinta, deja a salvo la posibilidad de que el acreedor así lo acepte[9], y hay numerosas sentencias del Tribunal Supremo español que se ocupan de casos en que medió una dación en pago[10].

Cabe señalar que con muy buen criterio el legislador de 1984 se ha apartado de lo dispuesto por el Código de 1936 que en su artículo 1274, tomando como modelo el artículo 779 del anterior Código Civil argentino de 1869, establecía como requisito de la dación en pago la entrega de una cosa que no fuese dinero[11].

(3) Código Civil de Alemania (artículo 364); del anterior de Argentina de 1869 (artículo 779); brasileño (artículo 995); de México (artículo 2095); y de Uruguay (artículo 1490).

(4) Código Civil de Grecia: "Artículo 419.- Dación en pago.- El acreedor no está obligado a aceptar, en lugar del pago, otra prestación. Si la acepta, la obligación se extingue".
"Artículo 420.- Si se ha entregado otra cosa en pago al acreedor, el deudor responde de los vicios de hecho o de derecho de la cosa entregada, como lo haría el vendedor".

(5) Código Civil de Polonia: "Artículo 453.- Cuando el deudor, para liberarse de una obligación, efectúa otra prestación con consentimiento del acreedor, la obligación se extingue. Sin embargo, si el objeto de la prestación estuviese afectado de vicios, el deudor está obligado a una garantía, de acuerdo a la disposición sobre la garantía de la venta".

(6) Código Civil de Bolivia: "Artículo 307 (Prestación diversa de la debida).- I.- El deudor no se libera ofreciendo una prestación diversa de la debida, aunque tenga igual o mayor valor, salvo que el acreedor consienta en ella.
II.- Si la prestación diversa de la debida ha consistido en la transferencia de la propiedad de una cosa u otro derecho, el deudor responde por la evicción y por los vicios ocultos, a menos que el acreedor vencido prefiera en uno y otro caso exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño.
III.- No reviven las garantías prestadas por los terceros salvo voluntad diversa de ellos.
IV.- Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 300".

(7) Código de las Obligaciones de Senegal, Sección II.- La dación en pago. "Artículo 112 (Condiciones).- Sin poder ser constreñido a recibir una cosa distinta de la que le es debida, el acreedor puede convenir con el deudor una prestación de reemplazo en natura".
Destacamos que este Código no legisla sobre la novación.

(8) Código Civil de Paraguay: "Artículo 598.- La obligación quedará extinguida cuando el acreedor aceptare en pago una prestación diversa.
Si lo entregado fueren créditos contra terceros se aplicarán las reglas de la cesión".

(9) "Artículo 1166 (Código Civil español).- El deudor de una obligación no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.
Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor".
Al contrario, el acreedor podrá aceptar la sustitución de la prestación, y se producirá una "dación en pago".

(10) Ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos R. "Naturaleza jurídica de la dación en pago". En: *Anuario de Derecho Civil*, 1957-III, pp. 753 a 797 (en especial pp. 758 y 759).

(11) Ver arriba, en nota, el artículo 1274 del Código de 1936.
Por su parte el artículo 779 del anterior Código Civil argentino de 1869 disponía: "El pago queda hecho, cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar". El artículo 942 del vigente Código Civil y Comercial argentino señala que "la obligación se extingue cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada".

Comentando el cambio introducido en la norma, Osterling Parodi nos dice que "nada impide que se entregue dinero en pago de una prestación que no consista en una suma de dinero. Se ha considerado que siempre que se entregue una prestación diferente a la estipulada habrá dación en pago"[12].

En nuestro Curso para el Derecho Argentino, hemos criticado la existencia que imponía el Código de Vélez[13], manifestando que no estamos conformes con ella porque carece totalmente de justificativo, y agregábamos:

"Supongamos que el deudor estaba obligado a entregar, por ejemplo, una cosa mueble, un vehículo, un automóvil, o un animal, o que estaba obligado a ejecutar un hecho, una prestación, un servicio al acreedor y el acreedor voluntariamente acepta que esa obligación se cancele mediante el pago de una suma de dinero. ¿Por qué razón no habría aquí una dación en pago, si para extinguir la obligación se ha cumplido una prestación distinta, diversa de la que era su objeto?

No es que pretendamos evadirnos del texto del Código, sustentando una interpretación en contra de la ley; nada de eso. Creemos que este es uno de esos casos en que las leyes son impotentes para ir en contra de lo que se llamaría la naturaleza misma de las cosas. Es inútil que el Código diga lo que dice. ¿Puede prohibirle, acaso, a un acreedor que reciba una suma de dinero en cancelación de una obligación? No, no puede. Sería una actividad perfectamente lícita, sería un acto en que obrarían de acuerdo ambas voluntades: las de acreedor y deudor. Acto que nosotros correlacionamos con disposiciones como las que están establecidas en el conocido artículo 1197, en virtud del cual las convenciones son tan obligatorias como la ley misma"[14].

2. Elementos

Los requisitos que surgen del artículo 1265, primero del título que estamos estudiando, son:

a) Se extingue una obligación mediante el cumplimiento de una prestación distinta de la que era el objeto de la obligación.

b) Debe existir un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, que se explica desde el momento que el acreedor de ningún modo está obligado y el deudor no puede forzarlo a que le reciba una prestación por otra.

El primero de los efectos de la dación en pago es que pone fin a la relación obligatoria, que de esta forma queda extinguida como si se hubiese cumplido con la prestación originariamente debida.

Adelantamos, sin embargo, que al igual que sucede en el pago, pueden presentarse problemas posteriores, si la prestación que se efectuó o la cosa que se entregó, presentasen defectos, de hecho o de derecho, que resulten perjudiciales al acreedor y justifiquen un reclamo. Volveremos luego sobre el punto.

Además, el acreedor debe "aceptar" o "recibir" –como dice el artículo 1265–, la prestación que se le ofrece, distinta de la debida, y es menester que su actitud de "recibir" sea

(12) Ver OSTERLING PARODI, Felipe (con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS). *Las Obligaciones*. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VI. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 158.
(13) Ver MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Ob. cit. T. II, p. 240.
(14) Ibídem.

voluntaria, de manera que –por aplicación de los principios generales sobre legitimación para disponer– no podría aceptar la dación un incapaz, ni tampoco un representante del acreedor que careciese de poder especial para aceptar una dación, punto que estaba contemplado en el Código de 1936[15], y sobre el cual se pronuncian de manera expresa otros cuerpos legales[16].

Para que la dación en pago tenga lugar resulta indispensable que acreedor y deudor lleguen a un acuerdo sobre el punto, o aceptando que la obligación se extinga con la ejecución de una prestación diferente de la que se debía.

3. Distinción con la novación objetiva

Para algunos autores, muy prestigiosos por cierto, la dación en pago equivale a la novación[17].

Hay una forma de novación, la objetiva, en que se produce la sustitución del objeto de la obligación. Se dice, entonces, que en la dación en pago sucede lo mismo, porque al acreedor se le cumple con una prestación distinta de la que originariamente se convino.

Hasta se ha llegado a citar en el Derecho argentino, en apoyo de esta posición, que combatimos, el artículo 801 del Código de Vélez Sarsfield[18], según el cual la novación es la transformación de una obligación en otra[19]. Pero, justamente, entendemos y afirmamos que no hay ninguna transformación ni modificación, ningún cambio. Lisa y llanamente la dación en pago provoca la extinción definitiva, total; no queda ni rastro de la obligación primitiva, no surgen ni siquiera las apariencias de una nueva obligación.

Lo que caracteriza la novación es, precisamente, que la obligación originaria o primitiva se extingue, pero se extingue mediante la creación de otra obligación distinta. En la novación por cambio de objeto, el vínculo jurídico entre acreedor y deudor se modifica, porque es modificada la prestación, pero acreedor y deudor continúan ligados, continúan relacionados o vinculados para el futuro.

En la dación en pago nada de esto sucede; la obligación se extingue automática y definitivamente. Si al acreedor a quien se le adeuda una suma de dinero, el deudor le entrega un objeto, una cosa que no es dinero, y el acreedor la acepta y le otorga recibo de liberación, en ese momento queda extinguida la obligación. Esto significa que no ha surgido ninguna relación nueva.

En cambio, si se tratara de una novación, se crearía otra obligación; el deudor que estuviese obligado a pagar una suma de dinero se reuniría con el acreedor y ambos convendrían que en el futuro, en lugar de esa suma de dinero el deudor le haría entrega de una cosa. La obligación que era de dar una suma de dinero quedaría transformada en otra, que queda pendiente para el futuro, que vendría a consistir en la entrega de una cosa cierta, o en la obligación de dar una cosa incierta no fungible. Eso es novación y no dación en pago.

Daremos un ejemplo para concluir este punto. Supongamos que Juan le debe a Pedro una suma de dinero y al llegar el vencimiento lo busca y le propone que en lugar de darle esa

(15) Ver el artículo 1277 del Código de 1936.
(16) Con relación a los incapaces podemos citar el artículo 307, inciso IV, del Código de Bolivia; y con relación a la necesidad de poderes especiales de los representantes, y el artículo 1492 del Código uruguayo.
(17) En el Derecho peruano sustenta esta teoría Felipe OSTERLING PARODI (Op. cit., p. 158).
(18) De manera semejante en el Derecho peruano Felipe OSTERLING PARODI invoca el artículo 1278 (Op. cit., p. 158).
(19) "Artículo 801.- (anterior Código Civil argentino).- La novación es la transformación de una obligación en otra".

suma de dinero que debía entregar, le da unos muebles, o unos libros; Pedro está conforme y acepta la entrega de esos bienes. Instantáneamente se extingue la obligación mediante la dación en pago. Lo mismo sucedería si él debiese un objeto y pagara con una suma de dinero, ¿quién le va a negar derecho a hacerlo?, es imposible negárselo.

Pero, finalmente, supongamos que Juan se compromete a entregar dentro de tres meses o un año una colección de libros sea de libros que ya posee, sea que debe encargarse de buscarlos y adquirirlos, y con la conformidad de Pedro documentan una nueva obligación en lugar de la originaria; han reemplazado una obligación por otra; **eso es novación,** porque en reemplazo de la obligación antigua ha surgido una nueva.

En cambio, con la dación en pago no ocurre lo mismo; las partes se han limitado a extinguir la antigua obligación, sin que subsista ninguna relación jurídica entre ellos. Esto deseamos dejarlo bien marcado, para que no haya equívocos.

4. Naturaleza jurídica

Si no aceptamos que la dación en pago sea un convenio novatorio, ¿cuál es su naturaleza jurídica? Mucho se ha dicho y escrito sobre el tema y nosotros, que no somos muy afectos a discutir sobre la naturaleza jurídica de las instituciones, sino que procuramos precisar cuáles son sus efectos prácticos, procuraremos reseñar brevemente las distintas posiciones que se han sostenido[20].

En primer lugar, y partiendo de la base de la necesidad del acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, desde muy antiguo se ha estimado que era un contrato, que podía asimilarse por sus efectos a la compraventa. Esta postura, que según algunos hunde sus raíces en la opinión de juristas romanos de la época justinianea, es recogida en el medioevo y pasa luego al Derecho francés donde, antes de la codificación napoleónica ya la exponían Domat y Pothier, y con posterioridad Troplong y el belga Laurent. Con distintos matices es expuesta también por juristas españoles y alemanes.

La importancia de esta asimilación es que si se produce la pérdida de la cosa que se ha dado en pago, el acreedor gozará de las garantías por evicción y vicios redhibitorios.

Un jurista alemán, Blumenthal[21], avanza diciendo que la dación sería una compraventa, si se entregase una cosa por dinero; una permuta, si en lugar de una cosa se entregara otra; o un contrato innominado, en los restantes casos.

En definitiva, todas estas posiciones parten de la base de dar carácter contractual al acuerdo de voluntades, lo que a nuestro criterio no puede aceptarse, porque ese acuerdo no genera ningún tipo de obligaciones, sino que está única y exclusivamente destinado a extinguirlas.

Para superar las objeciones que se formulaban a la caracterización de la dación en pago como una compraventa, en la doctrina francesa posterior al Código Napoleón se genera una fuerte corriente que configura a la dación en pago como una novación objetiva. Se enrolan en ella autores como Demolombe, Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, Bonnecase y Josserand.

(20) El punto se estudia en detalle en el trabajo de Carlos R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 753 y ss.

(21) Citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos, a través de RÖMER. La obra de BLUMENTHAL es: "Pauca de datione in solutum". En Dissert. Jur., Gottingae, 1830, II a VII.

Esta posición se difunde también en Alemania, Italia y España; supera a las doctrinas anteriores, que asimilaban la dación en pago a la compraventa u otros contratos, pero nosotros la desechamos por las razones que hemos expuesto más arriba, ya que la dación se agota en su efecto extintivo, sin dar nacimiento a obligación alguna.

Un paso adelante lo dan quienes sostienen que la dación en pago es una simple modificación del objeto de la obligación, sin consecuencias novativas, es decir una especie de "novación impropia", ya que no traería como consecuencia la extinción de las garantías (fianzas, prendas, hipotecas); la explicación no resulta convincente.

Por último, hay quienes la consideran como una "modalidad del pago", que quizás sea lo que más se acerque a la realidad de las cosas.

A nuestro criterio la dación en pago, empleando la terminología del Código Civil argentino, es un "acto jurídico bilateral", que persigue como único fin jurídico la extinción de la obligación, mediante una prestación distinta de la convenida originariamente.

Es "acto jurídico", porque persigue un fin jurídico inmediato; es bilateral, porque requiere el acuerdo de voluntades de ambas partes involucradas; su "fin jurídico" es exclusivamente extintivo, porque no pretende generar una nueva obligación, sino extinguir la existente.

Pero, insistimos, a nuestro criterio, más que extendernos en sutiles disquisiciones sobre la naturaleza jurídica, lo importante es ver los efectos que el Derecho otorga a esta institución. Y al decir el "Derecho" entendemos por tal todo el plexo normativo, que no se agota en las leyes, sino que comprende también su aplicación en la vida diaria y en las resoluciones judiciales, que completan la fisonomía del instituto.

5. Casos y normas aplicables

Quizás en este punto sea donde se presenta alguna falencia en la normativa del Código peruano de 1984, que ha prescindido de varios de los casos contemplados en el Código de 1936, y en el artículo 1266 ha mantenido solo la vinculación con los efectos del contrato de compraventa, pero con una redacción poco feliz, tomada precisamente del artículo 781 del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield[22]. Disponía la mencionada norma:

"Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas del contrato de compraventa".

Lo importante no es que se haya determinado el precio, sino que en caso de malograrse la cosa que se entregó en pago en virtud de la dación, serán aplicables las garantías de saneamiento por evicción[23] y vicios ocultos[24].

Nada dice el actual Código de lo que sucederá en la hipótesis de que la dación se hubiese satisfecho con la entrega de un crédito[25], problema que ha preocupado a más de un legislador. Vemos así que algunos se han limitado a decir que en tal caso la dación se regirá por las reglas

(22) "Artículo 781 (anterior Código Civil argentino).- Si se determinase el precio por el cual el deudor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compraventa".
(23) Ver artículos 1491 y ss.
(24) Ver artículos 1503 y ss.
(25) El Código de 1936 tampoco contenía previsiones sobre el particular.

de la cesión de créditos[26], pero lo realmente significativo es precisar qué sucede si el crédito cedido se malogra, por resultar insolvente el deudor: ¿en este caso surtirá efectos la dación?

El Código de Bolivia se inclina a resolver que cuando la dación consistió en la entrega de un crédito, solo tendrá efectos desde el momento en que el crédito sea efectivamente cobrado[27]; los demás se conforman con su remisión genérica a las reglas de la cesión. En el Derecho peruano, pese al silencio del nuevo Código, entendemos que son perfectamente aplicables las reglas sobre la cesión de derechos, y entre ellas el artículo 1212, que obliga al cedente a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, pero no la solvencia del deudor.

Finalmente, parece conveniente señalar que en estos casos, si por aplicación de las garantías de saneamiento, o la garantía propia de la cesión de derechos, la dación queda sin efecto, renacerá la obligación primitiva, pero no serán exigibles las fianzas, hipotecas o prendas que habían sido constituidas por terceros, y que quedaron extinguidas al operarse la dación.

DOCTRINA

MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Curso de Obligaciones, Tomo II. Editorial Advocatus, Córdoba, 1993; BLUMENTHAL. Pauca de datione in solutum. Dissert. Jur., Gottingae, 1830; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos. Naturaleza jurídica de la dación en pago. Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1957; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Requisitos para la configuración de la dación en pago

{Se} desprende que el acto jurídico reúne los requisitos para que se configure la dación en pago, pues, se encuentra acreditada la existencia de obligaciones garantizadas por los demandantes a favor del Banco, tal como se advierte del contrato (...), siendo que dichas obligaciones serían canceladas parciamente con la venta del inmueble dado en garantía; y, finalmente, está acreditado el acuerdo entre acreedor y deudor, quienes celebraron dicho acto jurídico; por tal razón, se concluye que en este contrato se presentan los requisitos antes descritos (...) ***(Cas. N° 1280-2007-Tacna).***

Se requiere acuerdo previo en los supuestos de dación en pago

En cuanto a la denunciada inaplicación de los arts. 1265 y 1278 del C.C., debe señalarse que para que pueda configurarse la dación en pago o se produzca la novación objetiva de la obligación, es necesario, en cualquiera de los 2 casos, la existencia de un acuerdo previo entre el deudor y el acreedor de la obligación primitiva, por lo que habiendo quedado establecido en autos que el Gobierno Peruano no asumió la deuda de la demandada ni se constituyó en deudor de la misma frente al Gobierno Suizo, entonces no resultan de aplicación al caso concreto las normas invocadas ***(Cas. N° 73-2001-Callo).***

TRIBUNAL REGISTRAL

La dación en pago como acto de disposición

Que, de acuerdo al artículo 1265 del Código Civil, que regula la figura de la dación en pago, "El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse"; tratándose de la dación en pago de bienes muebles e inmuebles, la misiva se referiría indefectiblemente a un acto de disposición ***(Resolución N° 041-99-ORLC/TR).***

(26) Código uruguayo, artículo 1491, primer párrafo; Código de Brasil, artículo 997; Código de Bolivia, artículo 308; Código de Paraguay, artículo 598, segundo párrafo.

(27) Código de Bolivia: "Artículo 308 (Cesión de crédito en lugar de la prestación debida). Si en lugar de cumplir la prestación debida el acreedor consiente en ceder un crédito, la obligación se extingue cuando se ha cobrado el crédito, salvo voluntad diversa de las partes".

CAPÍTULO SÉPTIMO
Pago indebido

Definición y efectos del pago indebido

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

Concordancias:
C.C. arts. 180, 1268, 1273, C.T. arts. 20, 38, 39; LEY 26887 art. 40

RAÚL FERRERO COSTA

1. Premisa

Si por pago (o cumplimiento) entendemos la exacta y puntual ejecución de la prestación debida, que provoca tanto la satisfacción del interés del acreedor como la liberación del deudor del vínculo obligatorio, se entiende que cuando el artículo 1267 del Código Civil hace referencia al "que por error de hecho o derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago", está, en rigor, haciendo referencia a una circunstancia que bajo ningún concepto puede reconducirse al fenómeno "pago".

En efecto, el "pago" presupone una relación obligatoria existente y cuando, pese a su inexistencia, se produce (como veremos, con *animus solvendi)* un desplazamiento patrimonial de un sujeto a otro, parece obvio que el ordenamiento reaccione creando en el que recibió (sin que importe el que esté en buena o en mala fe) un deber de restitución de lo que no se le debía (lado pasivo) y un derecho de repetición en cabeza del que realizó tal desplazamiento (lado activo). Vale decir que "el pago de lo no debido" crea una relación obligatoria, en la que el *accipiens* resulta ser el *deudor* y el *solvens,* su acreedor.

De allí que sea tan correcto decir "pago indebido" (o "pago de lo que no se debe" [en los términos del anterior Código Civil argentino]) como "cobro de lo no debido" (o "cobro de lo indebido" [Código Civil español]), pues la primera expresión atiende al sujeto que realiza el seudoacto solutorio y la segunda atiende al que lo acepta. Se trata de las dos caras de una misma moneda.

En el Derecho Romano clásico, al que realizaba un pago *indebitum* se le daba una *actio:* la *condictio indebiti.* Gaio, en sus *Institutas*, encuadraba el *indebitum* dentro de las *variae causarum figurae* que determinaban el nacimiento de obligaciones (junto con las obligaciones que nacían *ex delicto* y la *ex contractus*). La tripartición gaiana fue alterada en las *Institutas* justinianeas, que crearon la categoría de las obligaciones *quasi ex contractu* (luego transformada en *ex quasi contractus*), entre las que se incluyeron a la *negotiorum gestio* y al *indebitum.* De allí viene la inclusión del pago indebido en muchos códigos del siglo XIX como obligación naciente de un "cuasi contrato", una categoría que en los códigos más recientes ha desaparecido en tanto resultante de una auténtica ficción. En efecto, la doctrina y las legislaciones más modernas consideran al pago indebido como un caso particular de la figura general del enriquecimiento sin causa (así en el BGB alemán y en el Código suizo de las Obligaciones).

Pero si bien el "pago de lo no debido", cual verdadera *fuente de obligaciones*, encuentra su *ratio* en la reacción del ordenamiento frente al desplazamiento patrimonial que carezca

de causa, dadas sus peculiaridades, merece su tratamiento autónomo, como lo hace nuestro Código Civil. Sin embargo, es cuestionable la ubicación sistemática del instituto en el título referente al pago del Libro de Obligaciones, por lo que sería deseable su traslado al Libro de las Fuentes de las Obligaciones, como una nueva sección autónoma, luego de la "gestión de negocios" y antes del "enriquecimiento sin causa", tal como en el Código Civil italiano de 1942.

2. Efectos y requisitos

El efecto de un "pago no debido" (o sea, del desplazamiento patrimonial no justificado) es justamente el surgimiento, por parte del que lo recibió, del *deber de restituir* lo recibido (o, en su caso, su valor) y el contemporáneo *derecho de repetición* del que lo realizó.

Para que proceda la repetición de lo indebidamente pagado será necesario que concurran los elementos siguientes:

a) *El cumplimiento de una prestación.* Si bien el artículo 1267 del Código Civil solamente señala como supuesto el cumplimiento de una prestación de dar ("entrega a otro de algún bien o cantidad en pago"), no obstante, a tenor del artículo 1276, debe aplicarse una regla similar cuando el comportamiento del *solvens* consista en un hacer o en un no hacer (v. artículo 1276 del Código Civil).

b) *El animus solvendi.* Vale decir, propósito de extinguir una obligación propia. Este elemento intencional es fundamental para configurar un supuesto de pago indebido, pues si el *solvens* actúa a sabiendas de que no se trata de una obligación propia, podría configurarse un caso de subrogación en el pago (v. artículo 1260 y ss. del Código Civil).

c) *Inexistencia de la obligación (falta de causa).* Ya sea en razón de que la prestación no era debida (*indebitum ex re* u objetivo) o si, existiendo la deuda, esta no era de cargo del *solvens* ni a favor del *accipiens (indebitum ex persona* o subjetivo). Este elemento evidencia con toda claridad su diferencia con el pago verdadero, que sí satisface una obligación existente, mientras que en el pago indebido no existe, no es a favor de quien recibe o no es de cargo de quien paga. Por otra parte, la palabra *pago,* en el lenguaje técnico, presupone la existencia de una relación obligatoria que se extingue mediante ese acto, en tanto que en el pago indebido encontramos una atribución patrimonial que no tiene como base una obligación previa y, por tal motivo, precisamente, se convierte en fuente de la obligación de restituir.

d) *El error de hecho o de derecho en la persona que realiza el pago* (el *solvens*). El *solvens* debe proceder por error, es decir, por equivocación. El error que hace procedente la repetición de lo pagado también puede presentarse cuando el *solvens* es efectivamente deudor, pero satisface a su acreedor con una prestación *distinta* de aquella en que se obligó o bien cuando el error recae en las circunstancias o modalidades de la prestación debida.

3. Las recientes reformas en los Códigos Civiles francés y argentino

En el año 2016, se promulgó en Francia la Reforma de los Contratos, las Obligaciones y la Prueba mediante la Ordenanza N° 2016-131, del 10 de febrero del mismo año. Los cambios que tuvieron lugar con esta reforma han sido numerosos y han buscado reestructurar o, en su caso, actualizar algunas instituciones de Derecho Civil.

En lo que se refiere al pago indebido (o *paiement de l'indu*), se reafirma el principio general que establece que cuando se reciba algo sin que exista un vínculo obligatorio de por medio, se estará obligado a la restitución (nuevo artículo 1302 del *Code Civil*). La excepción a este principio tendrá lugar cuando nos encontremos frente a una obligación natural, tal y como ha establecido este dispositivo.

Con relación al efecto principal del pago indebido, a diferencia de nuestro Código Civil peruano, la reforma francesa ha consagrado un capítulo completo (artículos 1352 a 1352-9) dirigido a regular las vicisitudes de la obligación de restitución: (i) qué es lo que se debe restituir; (ii) el valor de aquello que se debe restituir; (iii) las consecuencias para los involucrados si es que medió o no buena fe; entre otros cambios importantes.

De manera análoga, cabe señalar que el legislador argentino también inició un proceso de reforma legislativa respecto del Código Civil de Vélez Sarsfield, lo cual condujo a la promulgación del nuevo Código Civil y Comercial (2015). En el contexto de dicha reforma, cabe señalar que el pago de lo indebido también genera una obligación restitutoria, como sucede en el ordenamiento peruano, solo que en el caso argentino se realiza bajo el ribete de "la repetición del pago".

Muy interesante termina siendo el caso argentino, pues se establecen (artículo 1796) los diversos supuestos en los cuales tendría lugar esta repetición por pago indebido, como son: (i) cuando la causa de deber no existe; (ii) paga quien no está obligado; (iii) recibe el pago quien no es acreedor; entre otros supuestos más.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto M. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. 4ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla, México, 1980; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, Madrid, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1995; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. EJEA, Buenos Aires, 1979; MINISTERE DE LA JUSTICE. Rapport au Président de la République relatif a l'ordonnace n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régimen général et de la preuve des obligations, en Journal Officiel de la République Française de 11 février 2016; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina". En: Themis. N° 23, Lima, 1992; PASCUAL ESTEVILL, Luis. El Pago. Bosch, Barcelona, 1986; SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho Civil: Teoría y práctica. Tomo III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción del pago indebido

El artículo 1267 del Código Civil regula la figura jurídica del denominado pago indebido que es aquel que se hace por error del que se considera obligado, ya sea porque no existe deuda, o porque existiendo aquella no sea de cargo del que paga o a favor del que recibe; en cuyo caso, la falta de causa que sustente la validez del pago da derecho a quien lo ha verificado, a solicitar la restitución de aquel que de buena fe lo ha recibido, ya que el error es de quien lo paga y no de quien lo recibe ***(Cas. N° 581-2013-Lima).***

Supuesto de hecho del pago indebido

El pago indebido es aquel que se hace por error del que se considera obligado, ya sea porque no existe deuda, o porque existiendo aquella no sea de cargo del que paga o a favor del que recibe; la falta de causa que sustente la validez del pago da derecho, a quien lo ha verificado, a solicitar la restitución de aquel que de buena o mala fe lo ha recibido, que el error es de quien paga y no de quien recibe. He aquí la diferencia esencial entre el pago verdadero y lo pagado de forma indebida, ya que el primero se encuentra encaminado a satisfacer una obligación legítima, mientras que el segundo no, pues la obligación no existe, o, si existe, no es favor de quien recibe el pago o de cargo de quien lo efectúa ***(Cas. N° 1926-2005-Cajamarca).***

Pago recibido de buena fe. Excepción al deber restitutorio

Artículo 1268.- ***Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente solo podrá dirigirse contra el verdadero deudor.***

Concordancias:
C.C. arts. 180, 1267, 1275

RAÚL FERRERO COSTA

Estamos ante un supuesto de error en la persona del deudor *(indebitum ex persona a parte debitoris)*. En principio, todo pago indebido determina que deba restituirse lo recibido, aun cuando haya mediado buena fe en el *accipiens*. Sin embargo, este quedará liberado de su obligación de restituir lo indebidamente recibido del *solvens*, si concurren estos elementos:

1. Que haya recibido el pago de buena fe, vale decir, en la creencia de que el *solvens* estaba realizando un pago debido.
2. Que por ello haya:
   a) Inutilizado el título; o
   b) Limitado o cancelado las garantías de su derecho; o
   c) Haya dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor.

La norma es en extremo benévola con el *accipiens*. Cierto es que el derecho protege la buena fe, pero quien de buena fe ha recibido una prestación de quien no era su deudor, y creyendo que se estaba recibiendo un pago debido inutiliza el "título" (o sea, el documento que contiene el acto constitutivo de la obligación), o cancela (o en todo caso limita) las garantías de las que estaba revestido su derecho de crédito, o deja transcurrir el plazo de la prescripción liberatoria, no puede ser tan fácilmente considerado como un receptor de buena fe.

Ha sido dicho (PASCUAL ESTEVILL) que todas esas conductas del *accipiens* infringen los más elementales principios que conforman el *estatuto* del verdadero receptor de buena fe, y en cuyo encuadre viene obligado el *accipiens* a permanecer. Su rigurosa aplicación, por sus claros efectos disfuncionales, podría crear situaciones que encajarían en aquel aforismo que afirmaba que "*summun ius, summa injuria*".

Si toda la normatividad respecto del *pago indebido* se basa en la tutela del que pagó sin tener que pagar, resulta un tanto injustificado que se carguen al *solvens* todas las consecuencias de su error, solo porque el distraído *accipiens* inutilizó el documento, o abandonó o canceló sus garantías, o dejó pasar los plazos de prescripción.

Sin embargo, nuestro ordenamiento consideró que en este caso, pese a darse todos los elementos para que proceda la repetición de lo indebidamente pagado, el *accipiens* queda liberado del deber de restitución, debiendo el *solvens* dirigirse en contra del verdadero deudor (el que se liberó frente al *accipiens* con el "pago" ajeno). Estamos ante un caso de subrogación legal (v. art. 1260 del Código Civil), pero el *solvens* podría muy bien quedar expuesto a no tener cómo acreditar la existencia de la deuda contra el verdadero deudor, a la excepción de prescripción que podría oponerle este, o a la inexistencia ya de garantías de la verdadera

deuda, no quedándole las más de las veces más que el difícil camino de pretender la indemnización por enriquecimiento sin causa en contra del "verdadero deudor" (v. artículos 1954-1955 del Código Civil).

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto M.: Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 4ª edición., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel: Obligaciones Civiles, Harla, México, 1980; BETTI, Emilio: Teoría General de las Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; DÍEZ-PICAZO, Luis: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tecnos, Madrid, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: Sistema de Derecho Civil, 7ma edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1995; MESSINEO, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial, EJEA, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina, en Themis, N° 23, Lima, 1992; PASCUAL ESTEVILL, Luis: El Pago, Bosch, Barcelona, 1986; SANTOS BRIZ, Jaime: Derecho Civil: Teoría y práctica, Editorial Revista de Derecho Privado, T. III, Madrid, 1973.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La no restitución por lo indebidamente pagado

El artículo 1268 del Código Civil exime de la obligación de devolver al que recibe un pago indebido, cuando se dan copulativamente los siguientes requisitos: a) buena fe; b) un crédito legítimo y subsistente; y c) que hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías, o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor; sin embargo, en el presente caso, no se da el tercer requisito, pues el título no ha sido inutilizado, existe y puede ser empleado para su cobro, como lo reconocen los demandados, aun cuando han manifestado que les resulta oneroso, lo que no implica una imposibilidad de cobro. (Cas. N° 1159-1997-Lima).

Pago indebido recibido de mala fe

Artículo 1269.- ***El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido.***

Además, responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.

Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó.

Concordancias:
C.C. arts. 890, 1137, 1244

JORGE BELTRÁN PACHECO

El pago indebido es aquella situación jurídica en virtud de la cual un sujeto por error, sin tener deuda alguna o legitimidad para efectuar la prestación, realiza el pago de una prestación a favor de otro, quien no tiene legitimidad o carece de vínculo jurídico. En estos casos procede la restitución de lo pagado para evitar el "enriquecimiento injusto o sin causa" de quien recibe el pago.

De existir mala fe de parte de quien recibe el pago indebido, es decir, de "conocer este sujeto su ilegitimidad para el cobro", entonces se deberá proceder a la devolución de lo recibido más los intereses legales por el uso indebido de los capitales o frutos percibidos o que se han dejado de percibir. Dichos intereses legales son a título de "interés moratorio", puesto que la devolución de lo pagado de forma indebida debió haberse efectuado el mismo día en que se verificó de forma errada el pago.

Por ejemplo, María entrega a Josefa mil dólares por una deuda que María cree tener respecto de Josefa, quien a sabiendas que no existe vínculo alguno para con María, decide recibir el dinero. En este caso, de enterarse María de la inexistencia de la deuda y de la conducta de Josefa, solicitará la devolución del monto más las cantidades referidas al no uso del capital durante todo este tiempo y que fue aprovechado por Josefa, a manera de frutos del capital. Dichos valores adicionales serán por el uso indebido del capital durante el tiempo en que se retrasó la devolución efectiva.

Por otro lado, la devolución del bien debe significar la restitución del mismo bien entregado indebidamente (salvo el normal deterioro del uso del bien). Por ello, de existir alguna causa que conlleve la pérdida o deterioro del bien, el sujeto que actuó de mala fe recibiendo indebidamente el pago, deberá pagar al beneficiario de la restitución los valores correspondientes a la afectación de su interés. Así, por ejemplo, si al demandado un sujeto le choca el vehículo entregado de forma indebida, por injerir alcohol y no tomar las previsiones, entonces deberá indemnizar por los montos que impliquen "reparar" el vehículo.

Tal como se puede apreciar de la lectura del artículo, el Código Civil establece que se responderá ante la pérdida o deterioro del bien "por cualquier causa", ello podría englobar tanto la causa imputable al poseedor del bien entregado de forma indebida (el supuesto acreedor), hechos del propio deudor (quien efectuó el pago indebido), hechos de un tercero e inclusive hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. Esta aseveración resulta lógica en la medida en que el ordenamiento jurídico busca "castigar" a quien actúa de mala fe, pero no

obstante consideramos que podría significar una situación abusiva en los casos donde la pérdida o deterioro sea por causa atribuible al propio deudor o por caso fortuito o fuerza mayor.

Así, la afirmación antes indicada (que se debe responder por la pérdida o deterioro del bien por cualquier causa), tal como lo establece el propio Código Civil, admite una liberación de responsabilidad cuando la causa que determina la pérdida o deterioro del bien sea una que, de no haberse efectuado tal pago indebido, igual hubiese afectado el bien. Estamos ante el caso fortuito o fuerza mayor (hechos imprevisibles, irresistibles y extraordinarios), por ejemplo, un terremoto, que igual hubiera destruido el bien en manos del sujeto que cobró de forma indebida o en manos de quien pagó sin deuda.

Sobre este último aspecto, debemos indicar que los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor deben resultar demostrados por quien los alegue, no debiendo el magistrado efectuar un prejuicio sobre dichos hechos por la simple razón de estar relacionados mayoritariamente a accidentes de la naturaleza; así por ejemplo, el incendio no siempre es un caso fortuito, en tanto en algunas situaciones resulta ordinario y previsible, como por ejemplo el caso Utopía y el caso Mesa Redonda.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 4ª edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla, México, 1980; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, Madrid, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1995; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANES, Luis. Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina. En: Themis, Revista de Derecho N° 23. Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PASCUAL ESTEVILL, Luis. El Pago. Bosch, Barcelona, 1986; SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho Civil: Teoría y práctica, Tomo III. Editorial Revista de Derecho Privado, T. III, Madrid, 1973.

Enajenación del bien recibido como pago indebido de mala fe

Artículo 1270.- *Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.*

En caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.

Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien. En este caso, sin embargo, solo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe.

JORGE BELTRÁN PACHECO

En el presente artículo, el Código Civil peruano se coloca en diversos supuestos, dependiendo la buena fe o mala fe de quien recibió el pago indebido, así como la buena o mala fe del tercero adquirente que recibió el bien entregado indebidamente.

En primer lugar, debemos señalar que la doctrina de forma mayoritaria establece que la cláusula normativa general imperante en la actualidad es el "tercero adquirente de buena fe", es decir, ya no se centra la atención en la legitimidad del sujeto enajenante que determine la "nulidad" de la transferencia sino se da mayor relevancia al "sujeto que adquiere de buena fe, a pesar de la ilegitimidad del transferente".

Este cambio de enfoque busca incentivar la circulación de la riqueza, así Fernández Cruz nos dice que los objetivos que busca todo sistema de transferencia de propiedad en la actualidad son: a) Maximizar la circulación de la riqueza; b) Dar seguridad jurídica, y c) Reducir las adquisiciones de no propietarios. No obstante esta última afirmación, se indica que en la realidad los sistemas solo pueden aspirar a privilegiar algunos de estos objetivos, estableciéndose en una coyuntura económica "social de mercado" que debemos estimular la "circulación de los bienes y la confianza en las adquisiciones".

Por tanto, en el primer párrafo del presente artículo se regula el presente mandato normativo:

> "SI un sujeto acepta un pago indebido de mala fe y enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, ENTONCES el sujeto afectado (quien pagó de forma indebida) podrá pedir la restitución de lo pagado y el pago de la indemnización".

En el supuesto de la norma en mención la hipótesis pone especial énfasis en la "mala fe", entendida esta como "el actuar a sabiendas de no tener legitimidad", es decir, el sujeto que recibe el pago indebido "conocía" que no tenía legitimidad para recibir el pago, dado que (por ejemplo) no existía vínculo o la deuda estaba caduca, así como el sujeto que adquiere el bien (tercero) tenía conocimiento de la ilegitimidad del sujeto que le transfería el bien (era consciente de que el sujeto enajenante no tenía derecho alguno sobre el bien).

En tal situación el sujeto perjudicado puede pedir que le restituyan el bien (mediante una pretensión real o personal) y que le paguen la correspondiente indemnización por el daño ocasionado. Así deberá corroborarse si se cumplen los elementos de la responsabilidad:

a) **Hecho generador del daño.-** El hecho antijurídico consiste en la actuación contraria al ordenamiento jurídico por parte de quien recibe el pago indebido, así como del tercero que adquiere al bien, quienes conocían de su ilegitimidad.

b) **Daño.-** El daño o consecuencia dañosa es la afectación al patrimonio que sufre quien pagó de forma indebida, siendo este uno de carácter patrimonial o material el que se puede catalogar tanto como "daño emergente" (por el egreso indebido del bien, del patrimonio del afectado) y como "lucro cesante" por lo dejado de ganar, al no tener el afectado el bien en su patrimonio.

c) **La relación causal.-** Conexión entre el hecho que genera el daño (evento dañoso) y el daño producido.

d) **Criterio de imputación.-** El dolo.

El segundo párrafo del presente artículo reconoce un precepto normativo acorde con lo expuesto en la primera parte de nuestro comentario, así tenemos la presente construcción normativa:

> "Si un sujeto recibió un pago indebido de mala fe y enajena a título oneroso el bien a un tercero que actúa de buena fe, ENTONCES quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien y pagar la indemnización de daños y perjuicios, pero el bien NO SE RESTITUYE".

En el mandato normativo tenemos que se privilegia al adquirente de buena fe, a título oneroso, por las razones expuestas en la primera parte del comentario (a fin de incentivar las transacciones comerciales), pero el sujeto que recibió el pago indebido, como actúa de mala fe (de forma dolosa) deberá restituir el valor del bien (en lugar de la restitución de este, que no puede efectuarse por existir una legítima protección del tercero) y pagar la correspondiente indemnización. El pago de la indemnización no debe confundirse con la restitución del valor, puesto que lo primero se efectúa por el daño ocasionado, mientras que la devolución del valor se realiza en tanto no debió entregarse bien alguno. Este mandato tiene una consecuencia muy similar a aquel que se refiere a la pérdida del bien que debe ser restituido, en cuyo caso el sujeto obligado a la devolución del bien deberá entregar un valor sustitutorio. El deber de restituir es una consecuencia de la ilegitimidad del pago efectuado, mientras que el deber de pagar una indemnización es el resultado del evento dañoso.

En el tercer párrafo del artículo materia de análisis se establece el siguiente imperativo normativo:

> "SI un sujeto, quien de mala fe recibe un bien indebidamente, enajena a título gratuito este bien a un tercero quien procedió de buena fe, ENTONCES quien efectuó el pago indebido (el afectado) puede exigir la restitución del bien y la indemnización correspondiente al sujeto que recibió el pago indebido de mala fe".

En el presente supuesto no es aplicable la protección del tercero de buena fe dado que actúa a "título gratuito", lo que, a diferencia del caso anterior, no conllevaría un perjuicio para este al no existir desplazamiento económico alguno. Por tanto, el tercero deberá restituir el bien y quien recibió el pago indebido tendrá que indemnizar por su actuar de mala fe, así como también tendrá que indemnizar al tercero perjudicado.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 4ª edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla, México, 1980; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, Madrid, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, 7ª edición. Tecnos, Madrid, 1995; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANES, Luis. Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina. En: Themis, Revista de Derecho N° 23. Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PASCUAL ESTEVILL, Luis. El Pago. Bosch, Barcelona, 1986; SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho Civil: Teoría y práctica, Tomo III. Editorial Revista de Derecho Privado, T. III, Madrid, 1973.

Restitución de intereses o frutos por pago indebido de buena fe

Artículo 1271.- ***El que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido.***

Concordancias:
C.C. arts. 890, 1137, 1242, 1244

JORGE BELTRÁN PACHECO

En la norma objeto de análisis el sujeto que recibe el bien por un pago indebido actúa de buena fe, es decir, no tenía conocimiento de la ilegitimidad de su situación jurídica; por ejemplo, un sujeto que desconocía que el plazo para exigir la prestación había prescrito o que siendo un apoderado del acreedor no le fue informada la revocación de su nombramiento. En este caso, el sujeto que aceptó el pago indebido deberá restituir los intereses o frutos percibidos, en tanto son beneficios o provechos obtenidos por el bien en una situación jurídica ilegítima. El Código Civil establece que los frutos naturales le pertenecen al propietario, los civiles a quien tiene el derecho y los industriales a quien los produce. Ante ello debemos decir que:

1. El propietario, a nuestro parecer, es el sujeto que efectuó el pago de forma indebida, teniendo el derecho a reclamar la restitución. Respecto a esta afirmación podría existir una polémica por parte de aquellos que sostienen que al existir buena fe al momento de la recepción del bien, entonces quien lo recibe es un **tercero adquirente** a quien no se le puede reclamar devolución alguna, más aún si el bien es mueble. Pero, consideramos que ello no es correcto dado que sería contradictorio pedir los frutos e intereses percibidos y no pedir restitución alguna, en la medida, que quien tiene el bien y tiene derecho a mantenerlo, también debe conservar los frutos que percibió (los frutos industriales, por ejemplo, le pertenecen a quien los produce, pudiendo el sujeto que recibió el pago indebido haberlos producido de buena fe).

2. Sobre los intereses es indispensable señalar que se refieren a los intereses moratorios, puesto que los compensatorios se pagan en tanto estén pactados, lo que no sucede en el supuesto objeto de estudio. Sustentamos que son intereses legales moratorios en la medida en que el sujeto que aceptó el pago indebido debió haber devuelto el bien una vez efectuado dicho pago, incurriendo en un retraso imputable que generó daños a quien pagó.

   Sobre la pérdida o deterioro del bien, el Código Civil sostiene que la responsabilidad del sujeto en estos supuestos se debe cumplir en tanto el sujeto que recibió el pago indebido se hubiera enriquecido. En el presente supuesto, consideramos que el Código Civil peca de imprecisión puesto que la hipótesis inicial afirma que el "sujeto actúa de buena fe", por tanto no existe "conocimiento alguno de la ilegitimidad", lo que no puede conllevar a un enriquecimiento sin causa (que presume el dolo). Entonces, al no existir dolo y menos culpa del sujeto, no existe criterio de imputación que determine una responsabilidad civil, salvo que la presente norma implique una suerte de abuso del derecho que conlleve a una responsabilidad por dolo, en donde la responsabilidad civil está determinada por "la relación causal".

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 4ª edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla, México, 1980; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, Madrid, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, 7ª edición. Tecnos, Madrid, 1995; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANES, Luis. Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina. En: Themis, Revista de Derecho N° 23. Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PASCUAL ESTEVILL, Luis. El Pago. Bosch, Barcelona, 1986; SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho Civil: Teoría y práctica, Tomo III. Editorial Revista de Derecho Privado, T. III, Madrid, 1973.

Enajenación del bien recibido como pago indebido de buena fe

Artículo 1272.- ***Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.***

Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos solo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.

Jorge Beltrán Pacheco

En el presente artículo existen diversas normas que merecen nuestra atención. Iniciemos el estudio del mismo reconstruyendo la primera de las normas:

"Si quien acepta un pago indebido de buena fe hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo". Está debe ser traducida en el siguiente esquema:

> "SI un sujeto acepta un pago indebido de BUENA FE y hubiera enajenado el bien a un tercero de BUENA FE, ENTONCES el sujeto quien enajenó deberá restituir el precio o la acción para hacerlo efectivo".

En la primera norma materia de análisis tenemos un supuesto de hecho conjuntivo en el que deben verificarse dos condiciones que determinan una consecuencia alternativa. Las dos condiciones son: que el sujeto que recibe el pago indebido haya actuado de buena fe y que el sujeto que recibe el bien enajenado también actúe de buena fe.

En la *fattispecie* estudiada la buena fe es concebida como una que incorpora tanto el plano **subjetivo** como **objetivo** de esta, es decir, interesa tanto la **creencia** (buena fe subjetiva) del sujeto quien recibe el pago (indebido) y quien recibe el bien enajenado, como la **confianza** (buena fe conducta) que implica la diligencia del sujeto de comportarse según lo que espera el ordenamiento jurídico. No obstante, la consecuencia será distinta en uno y otro sujeto, en la medida que el ordenamiento jurídico no puede tolerar enriquecimientos sin causa en uno de los sujetos (quien recibió el pago indebido) pero, por otro lado, no podrá afectar derechos adquiridos (de forma onerosa) por terceros de buena fe.

Cuando el Código Civil establece en el presente artículo que existe una enajenación, hace referencia a un traslado en propiedad del bien recibido de forma indebida por un sujeto que por error o ignorancia se consideraba "deudor" del enajenante. Este traslado puede ser a título oneroso (mediante una compraventa o suministro, entre otros, por ejemplo; aunque nuestro Código Civil se refiere a la existencia de un precio en un supuesto normativo posterior, lo que nos llevaría a excluir a aquellos negocios jurídicos onerosos que carecen de este, como la permuta o el mutuo) o a título gratuito (mediante una donación, por ejemplo). Pero, al parecer, en esta primera parte del artículo, el legislador solo tuvo la intención de referirse a los negocios onerosos puesto que luego nos refiere a los actos a título gratuito (utilizando, como veremos, un término distinto al de "enajenación": "transferencia", lo que no nos parece pertinente puesto que enajenar no solo resulta aplicable a negocios a título oneroso).

Una vez estudiado el supuesto de hecho normativo, procedamos al análisis de la consecuencia jurídica. Tal como lo habíamos anticipado, en la presente norma existe una consecuencia

alternativa: "o restituyes el precio (en la medida que lo hayas recibido) o cedes la acción para hacerlo efectivo (que no es otra cosa que una cesión de derechos, por imperio de la ley, que resulta un tanto extraña en la medida en que la regla general nos indica que en dicha cesión deberían participar las partes involucradas, incluso el tercero quien recibió el bien en propiedad, lo que no acontece). Así tenemos que el Código Civil busca evitar los efectos nocivos del enriquecimiento indebido, en tanto tiene por finalidad lograr que el sujeto "deudor" quien pago de forma indebida pueda recuperar, cuanto menos, el valor del bien entregado. A nuestro parecer, de existir buena fe por parte del sujeto que recibió el bien (como acreedor) y "torpeza" del sujeto que consideró ser deudor, no debería operar la restitución del precio a manera de sanción por el descuido acontecido, a fin de evitar "desconfianzas" en la operación realizada, dado que el "tercero" (de buena fe) no debe "comenzar a dudar" sobre la legitimidad de su adquisición al observar que un sujeto ajeno (para él) tendrá derecho a cobrar el precio. Nos preguntamos: ¿En caso de existir un vicio oculto a quién tendrá que reclamar el tercero? ¿Al vendedor o a quien tenía el derecho a la restitución del bien por pago indebido? A nuestro entender es al sujeto vendedor porque el derecho de cobro no lo expulsa de su situación jurídica.

Realicemos el estudio de la segunda parte del artículo materia de análisis:

> "Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos solo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados".

En esta parte tenemos la siguiente construcción normativa:

> "SI el sujeto quien recibió el pago indebido de buena fe transfiere el bien a título gratuito a un sujeto (de buena fe o mala fe) o a título oneroso, teniendo el sujeto adquirente mala fe, ENTONCES quien pago de forma indebida puede solicitar la restitución del BIEN".

Como norma complementaria tenemos:

> "SI el sujeto que adquiere el bien, a título gratuito u oneroso, actúo de MALA FE, ENTONCES tendrá que indemnizar por los daños y perjuicios irrogados".

Apreciamos en la norma objeto de estudio unas variantes respecto de la primera de las normas: en primer lugar, la existencia de un acto de adquisición a título gratuito y en segundo lugar la mala fe del sujeto adquirente (de existir un negocio jurídico oneroso). En el presente caso, no estamos ante una norma con supuesto de hecho conjuntivo, sino nos encontramos con un supuesto de hecho alternativo. Así tenemos que puede ser que en el plano material el sujeto adquirente haya recibido el bien de buena fe o mala fe pero a título gratuito (como sucede en la donación) debiendo restituir el bien, puesto que la protección jurídica solo se extiende a los que adquieren bienes a título oneroso y de buena fe, para evitar perjudicar transacciones que generan afectaciones patrimoniales (con los consiguientes costos adicionales, como son los impuestos, gastos notariales, entre otros). Así, dicho bien adquirido deberá retornar al deudor "distraído" para evitar enriquecimientos indebidos.

En el segundo supuesto de hecho normativo la norma establece que quien adquiere un bien a título oneroso de mala fe tendrá que restituirlo, para evitar que aquellos que actúan con dolo **(intención),** conociendo que su actuación es ilegítima, se enriquezcan perjudicando

a los legítimos titulares del derecho. En este caso, al igual que en el supuesto normativo de los actos gratuitos, debemos observar la ausencia de un supuesto: ¿qué sucede si el bien que debe ser restituido se ha perdido por culpa del adquirente? A nuestro parecer en este caso el sujeto adquirente del bien tendrá que restituir un valor equivalente al bien perdido, que no debe confundirse con la indemnización que tendrá que pagar por su actuar de **mala fe.**

A dicha indemnización se refiere la última parte del artículo en estudio. Esta prestación indemnizatoria se refiere al valor que tendrá que pagarse por los daños (patrimoniales o no patrimoniales) ocasionados por el actuar de **mala fe** del sujeto adquirente; por ejemplo: el daño emergente por haber salido indebidamente el bien del patrimonio del sujeto afectado (con conocimiento del tercero), los gastos por la búsqueda del bien (por ejemplo: avisos en radio y televisión, al haberse dispuesto del bien, alejándose de aquel sujeto "acreedor" que había recibido el bien de forma inicial), el lucro cesante (los ingresos dejados de percibir, por ejemplo si entregué de forma indebida un auto que utilizaba en mi empresa de taxis), entre otros daños.

Esta indemnización tendrá que pagarse no solo por el tercero, sino también por quien recibió el pago indebido de existir en él **mala fe** (que no se enuncia en el presente artículo por tener como supuesto la **buena fe** de quien recibe el pago indebido). Pero, no queremos concluir nuestro estudio, sin indicar que nos parece exagerado solo atribuir la responsabilidad en el sujeto tercero, puesto que el deudor que pagó de forma indebida también debería soportar el costo de su **distracción** para que así evite en el futuro un actuar "sin diligencia". Para ello, el juez debe apreciar las causas de su error o ignorancia.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 4ª edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla, México, 1980; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, Madrid, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, 7ª edición. Tecnos, Madrid, 1995; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANES, Luis. Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina. En: Themis, Revista de Derecho N° 23. Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PASCUAL ESTEVILL, Luis. El Pago. Bosch, Barcelona, 1986; SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho Civil: Teoría y práctica, Tomo III. Editorial Revista de Derecho Privado, T. III, Madrid, 1973.

Carga de la prueba del error

Artículo 1273.- *Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.*

Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada.

Concordancias:
C.C. art. 1267

JORGE BELTRÁN PACHECO

En el presente artículo se regulan aspectos probatorios que permitirán resolver diversos conflictos en torno al pago indebido, así tenemos que el precepto en análisis refiere a los siguientes supuestos:

a) Que un sujeto considere haber efectuado un pago por error, mientras que otro afirme no haber recibido bien alguno.

b) Que un sujeto alegue no tener deber alguno de entregar un bien a otro, habiendo efectuado dicha conducta por error, mientras que otro considere que el bien recibido sí era debido.

c) Que un sujeto efectúe un pago sin que exista deuda o esta ya estaba pagada, lo que implica un caso "errado" de cumplimiento, mientras el sujeto que recibió dicho pago alega que el bien fue entregado a título de liberalidad o por causa justificada.

Los hechos expuestos, dependiendo los alegatos de las partes, deben ser objeto de prueba para formar convicción en los jueces, a partir de la evaluación que realicen de los medios probatorios.

A fin de entender cada uno de los supuestos y la labor probatoria de las partes, resultará indispensable elaborar un estudio introductorio de la teoría de la prueba.

La prueba es el fundamento ontológico del proceso y del derecho, de allí la importancia existencial jurídica y procesal de esta[1]. Dicha noción se relaciona con los siguientes conocimientos elementales: "fuente de prueba" que son las personas o cosas cuya existencia es anterior al proceso e independiente de este y que sirven a las partes para acreditar los hechos que se alegan; "medios de prueba", que son los elementos de los cuales se valen las partes para suministrar certeza al juez; y "prueba" que son los motivos o razones que sirven para llevar certeza al juez.

Una vez definida "la prueba", es preciso efectuar algunas reflexiones sobre su objeto, indicando en primer lugar que sobre dicho tema se han tejido diversas posiciones. Así, un sector establece que la "prueba" debe recaer sobre afirmaciones que las partes hacen de los hechos, en esta vertiente tenemos a Carnelutti quien conceptualiza a la prueba como "la comprobación de la verdad de una proposición, hablándose de prueba solo sobre una cosa que ha

(1) Piero CALAMANDREI nos dice que el juez es como un historiador, dado que conocerá y reconstruirá hechos del pasado a partir de una sistematización de la prueba.

sido afirmada"[2]. Por otro lado, un segundo sector encabezado por Chiovenda[3] afirma que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos, así sostiene que "los hechos deben de ordinario ser afirmados por las partes para que el juez pueda tenerlos en cuenta, y deben ser probados para que puedan considerarse existentes". Nuestro punto de vista refiere a una demostración de las versiones de los hechos, es decir, de las afirmaciones que sobre estos se han formulado por las partes.

Así observamos que la prueba es fundamental, más aún, cuando determina la formación de la voluntad del juez. Por tanto, es indispensable que las partes cumplan con su papel probatorio para que pueda solucionarse el conflicto materia de litis.

En el presente artículo tenemos como primer precepto y mandato normativo el siguiente:

> "Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo", lo que se traduce en la presente construcción normativa: "SI un sujeto afirma haber pagado de forma errada, ENTONCES deberá demostrar dicho error".

En primer lugar es indispensable definir, en la presente norma, los alcances del concepto "error". Desde nuestro punto de vista dicho concepto se define como "la falsa representación que un sujeto construye sobre un supuesto fáctico o jurídico determinado", lo que en el caso materia de estudio implicaría demostrar que el sujeto deudor o "supuesto deudor" (cuando el sujeto nunca fue deudor o su deuda ya había sido extinguida o era caduca) ejecutó una prestación bajo la errada creencia que le era obligatorio realizarla. Por ejemplo: Juan suscribe un contrato de compraventa con Miguel, quien se presenta como representante de Lucho (propietario del automóvil objeto de venta); en dicha transacción, Juan le ha entregado a Miguel los cuatro mil dólares americanos en los que consiste el precio, esperando que le sea entregado el auto, pero se entera que Lucho nunca le confirió representación alguna, por lo que él nunca debió suscribir dicho contrato y menos entregarle la suma de dinero, esto último implica un supuesto de pago indebido (de buena fe), en tanto por "error" (como resultado de una conducta dolosa de Miguel) entregó el precio.

Como medio de defensa del sujeto que recibe el pago, el mismo artículo regula el presente precepto normativo:

> "No existirá pago indebido por error cuando (...) el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame (...) Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió".

La presente regulación se puede traducir en la siguiente construcción normativa:

> "SI un sujeto considera haber pagado por error y demanda a un sujeto quien afirma no haber recibido ningún bien ENTONCES no hay pago indebido, siempre que sea demostrada la afirmación del demandado".

En la presente norma se regula la pretensión que el demandado puede presentar ante el magistrado que conoce la causa respecto "a un pago indebido", así tenemos que dicho demandado podrá afirmar que él nunca recibió pago alguno y por tanto no estaría obligado a restituir

(2) Ver: CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 1982, p. 37. En la misma línea se ubican SENTIS MELENDO, *La prueba*, 1979, p. 12 y ss; p. 57 y ss, quien sostiene que la prueba recae sobre las afirmaciones referidas a los hechos ocurridos. También: COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1977. p. 215 y p. 219, quien sostiene que "probar es demostrar la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación".

(3) CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. T. II, Madrid, 1977, p. 258. De igual opinión es ALSINA, Hugo, en su *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. T. III, 1971, p. 239.

ningún bien, situación fáctica que se puede revertir presentando un "recibo de recepción" del bien firmado por el demandado. De lograr demostrar el demandado su afirmación, entonces se considerará que "nunca hubo un desplazamiento material (entrega o realización de un servicio) de un bien de forma indebida, es decir, sin que exista deber de prestación alguno asumido por el sujeto demandante".

Por otro lado, en el primer párrafo del artículo materia de estudio, también se regula la siguiente norma:

> "SI un sujeto es demandado en un proceso por pago indebido, afirmando el demandante que el demandado nunca tuvo derecho a recibir el bien, ENTONCES este (el demandado) podrá acreditar que le era debido el pago que se supone recibió y no habrá PAGO INDEBIDO".

En el supuesto objeto de análisis observamos que, a diferencia del anterior, el sujeto no niega la recepción del bien sino que afirma que sí recibió el pago, pero en calidad de "legítimo" acreedor, es decir, con derecho para exigir la entrega del bien objeto de la prestación y recibirlo. En tal situación, el acreedor deberá demostrar la existencia de un vínculo jurídico con el deudor, mediante la exhibición de documentos que acrediten la suscripción de un contrato o acto jurídico unilateral por medio del cual se asumió una obligación.

> "Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada".

Tal como habíamos señalado al iniciar el presente comentario, "todo aquel que afirma un hecho deberá demostrarlo". No obstante, existen supuestos de excepción en donde el sujeto titular de la carga de demostración de sus versiones, se libera de ella por existir "presunciones reguladas por ley", que pueden ser *iuris tantum* o *iure et de iure*[4]. Las primeras son las presunciones que admiten prueba en contrario, las que responden al presente esquema:

> "A afirma la existencia de un hecho X que llevaría al magistrado a una valoración X (si reconoce los argumentos presentados por A).
>
> La norma considera que de ocurrir X se presume que sí existió X (asevera la existencia de X), lo que llevará al magistrado a concluir X (es decir, que dicho hecho ocurrió tal como se alega).

(4) Sobre la situación jurídica que las partes asumen al probar sus afirmaciones se han formulado posiciones que señalan la existencia de un deber y otras que proponen que la naturaleza jurídica de esta es la "carga". Así, ver Eugenia ARIANO DEHO en su libro *Problemas del Proceso Civil*. Sobre estas presunciones Juan MORALES GODO en su artículo "La prueba y el Código Procesal Civil" publicado en la revista *Actualidad Jurídica* del mes de febrero de 2001 nos dice: "(...) la presunción crea una ficción legal de verdad sobre los hechos, que en algunos casos no admite prueba en contrario (presunción jure et de jure), mientras que en otros, sí admite prueba en contrario (presunción juris tantum). Nuestro Código Procesal, creemos, no llega a distinguir que en cualquiera de las dos situaciones no es necesario probanza. Solo se refiere a las presunciones jure et de jure, dando a entender que las otras presunciones sí deben ser objeto de prueba. Nuestro punto de vista es que en ninguno de los casos debe ser objeto de prueba, por parte de quien se encuentra en la situación de hacer valer su presunción. En todo caso, tratándose de las presunciones relativas o juris tantum, la carga de la prueba se invierte, debiendo acreditar lo contrario la otra parte". Por otra parte Fernando DE TRAZEGNIES en su artículo "La teoría de la prueba indiciaria" publicado en la *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N° 54 del mes de enero de 2004 establece que: "Estas presunciones legales pueden ser de dos clases: iure et de iure y iuris tantum. En las primeras, no se admite discusión sobre la inferencia: el legislador ordena que el resultado de esa inferencia legal sea tomado como dogma; en las segundas, la conclusión de la inferencia legal puede ser objetada mediante una prueba en contrario, por lo que esta presunción constituye fundamentalmente una inversión de la carga de la prueba".

Si dicha presunción es de las que admiten prueba en contrario, entonces B (la contraparte procesal) deberá demostrar 'NO X', es decir que no ocurrió el hecho X como se afirma, desvirtuando la valoración normativa del hecho.

De demostrarse 'NO X' entonces el magistrado deberá resolver 'NO X', aunque ello depende de la sana crítica que ilustre su evaluación de las pruebas".

Las segundas son las presunciones que no admiten prueba en contrario en tanto la norma impone una "valoración probatoria" que el juez debe necesariamente considerar al momento de resolver. Así tenemos que las presunciones *iure et de iure* responden al siguiente esquema:

"A afirma la existencia de un hecho X que llevaría al magistrado a una valoración X (si reconoce los argumentos presentados por A).

La norma considera que de ocurrir X se presume que sí existió X (asevera la existencia de X) sin que medie prueba en contrario, lo que llevará al magistrado a concluir X (es decir, que dicho hecho ocurrió tal como ha sido alegado).

El demandado no podrá desvirtuar dicha presunción pero sí podrá desvirtuar otros hechos conexos en los que no exista 'presunción *iure et de iure*".

En el presente supuesto normativo, el legislador pareciera regular una "presunción *iuris tantum* en tanto "presume la existencia de error al momento de efectuarse el pago, en la medida en que el sujeto cumpla una prestación que nunca se debió o que ya había sido pagada", pero en realidad, consideramos que el sujeto demandante deberá demostrar que "la prestación nunca se debió o que esta ya había sido pagada", y solo una vez cumplido con ello, operará la presunción del error.

Dicha presunción "de error" podrá desvirtuarse tal como lo establece la misma norma, demostrando el sujeto demandado que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa, por ejemplo, que se le entregó el bien por causa de una donación en donde el beneficiario no tendrá que realizar conducta alguna que implique un sacrificio económico, salvo que existan cargos o modos. En tal situación se desvirtúa "el pago indebido".

DOCTRINA

ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. T. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971; ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 4ª edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas del proceso civil. Jurista Editores, Lima, 2003; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1982; COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Depalma, Buenos Aires, 1977; CHIOVENDA, José. Principios de Derecho Procesal Civil. Madrid, 1977; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La teoría de la prueba indiciaria. En: Revista Jurídica del Perú, N° 54. Normas Legales, Trujillo, 2004; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, Madrid, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, 7ª edición. Tecnos, Madrid, 1995; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANES, Luis. Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina. En: Themis, Revista de Derecho N° 23. Lima, 1992; MORALES GODO, Juan. La prueba y el Código Procesal Civil. En: Actualidad Jurídica, N° 87. Gaceta Jurídica, Lima, 2001; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PASCUAL ESTEVILL, Luis. El Pago. Bosch, Barcelona, 1986; SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho Civil: Teoría y práctica, Tomo III. Editorial Revista de Derecho Privado, T. III, Madrid, 1973; SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

Prescripción de la acción

Artículo 1274.- ***La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago.***

Concordancias:
C.C. arts. 1989, 2000, 2001

JORGE BELTRÁN PACHECO

En el artículo objeto de comentario se regula el plazo prescriptorio que tiene el sujeto que pretende la restitución de lo entregado de forma indebida o por error, lo que consideramos una norma de carácter sustantivo en tanto se refiere a la posibilidad de ejercitar un derecho en vía judicial.

Al respecto es importante reflexionar sobre la naturaleza del pago indebido para efectuar una interpretación sistemática del precepto con las normas del acto jurídico y aquellas referidas a la prescripción. Así, desde nuestro punto de vista el pago *(adempimento,* según el Derecho italiano) es concebido como "un acto jurídico en sentido estricto"[1] en la medida que implica una "manifestación de voluntad de extinguir una deuda, cuyos efectos están predeterminados por el propio ordenamiento jurídico"; así si bien es cierto el pagar es expresión de la autonomía privada[2] del sujeto que paga (en tanto ejercita su libertad de vinculación y autorregulación), las consecuencias del pago están predispuestas en el propio sistema normativo, tal como lo hemos estudiado en las normas antes comentadas en donde el Código Civil establece consecuencias diversas al pago indebido en tanto se haya efectuado este de buena fe o de mala fe, o si el sujeto que recibe actúa de buena fe o de mala fe.

En este escenario, cabe preguntarnos si en el pago indebido, como acto jurídico en sentido estricto, se pueden aplicar las reglas del acto jurídico sobre error, como vicio de voluntad. Al respecto, es nuestro parecer que sí es posible aplicar dichas reglas en tanto que el pago es un supuesto de "manifestación de voluntad", que se encuentra reconocido en el artículo 140 del Código Civil (aunque con la aclaración de que dicho precepto es aplicable principalmente

(1) Así Rómulo MORALES HERVIAS en su artículo "¿Existen intercambios económicos sin acuerdo contractual?" publicado en la *Revista Jurídica del Perú* N°54. Editora Normas Legales. Lima, 2004; establece: "La diferencia relevante entre el acto jurídico en sentido estricto y el negocio jurídico es que en el primero no hay propósito jurídico y en el segundo sí lo hay. La idea del propósito jurídico fue planteada de manera más explícita por Karl Friedrich Wilhelm Gerber al concebir el sistema jurídico como ordenamiento al servicio de la voluntad individual. Asimismo, define el negocio jurídico como el acto a través del cual el propósito de su autor produce la constitución o la extinción de derechos y al contrato como el negocio jurídico bilateral expresivo del propósito común de las partes. De esta manera el propósito jurídico es fuente de relevancia jurídica del negocio jurídico a diferencia del acto jurídico en sentido estricto". Sobre el mismo tema, pero desde una perspectiva distinta tenemos a la teoría de Andreas VON THUR quien de acuerdo a su libro *Teoría General del Derecho Civil alemán. Los hechos jurídicos.* Traducción directa del alemán por Tito Ravá, Depalma, Buenos Aires, 1947, Volumen II (obra citada por Rómulo MORALES HERVIAS. Ob. cit.) nos indica, en palabras de este último que: "Para el negocio jurídico, debe existir una relación complementaria entre el contenido de la declaración y los efectos jurídicos ya que la declaración de voluntad privada va dirigida a la concretización de un efecto jurídico. En cambio el contenido declarativo no es relevante para la atribución de consecuencias jurídicas en el acto jurídico en sentido estricto. Las consecuencias jurídicas del acto jurídico en sentido estricto son atribuidas directa y exclusivamente por el ordenamiento jurídico a la simple declaración de voluntad sin importar el contenido declarativo de los sujetos individuales".

(2) Definimos a la autonomía privada como "el poder jurídico atribuido por el ordenamiento jurídico para producir normas jurídicas en los campos particulares reservados a los mismos".

a los negocios jurídicos[3], en donde los sujetos regulan sus conductas y determinan por su propia voluntad los efectos de su actuar). Por tanto, la norma que comentamos establece un plazo especial de prescripción para el pago indebido, el que resulta distinto a aquel reconocido para la pretensión de anulabilidad de los actos jurídicos por error en donde el sujeto titular del derecho tiene dos años.

Por otro lado, podría sostenerse que la pretensión de restitución de lo pagado por "error" o pago indebido es de naturaleza personal y por tanto se debería computar como plazo el normado en el artículo 2001, inciso primero, que señala "diez años" para el ejercicio de la pretensión, pero si bien resulta correcto dicho razonamiento tendríamos que afirmar que el legislador establece en estos casos un plazo especial de cinco años.

Tal como lo establece el artículo 2000 del Código Civil peruano: "Solo la ley puede fijar los plazos de prescripción", por tanto el presente artículo se justifica en el principio de legalidad y tiene plenos efectos, los cuales no pueden ser desvirtuados por la voluntad de los sujetos, en tanto el artículo 1990 del mismo cuerpo de leyes establece que "el derecho de prescribir es irrenunciable. Es nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción", lo que nos lleva a afirmar que la prescripción es un hecho jurídico en sentido estricto en tanto "el ordenamiento jurídico valora el transcurso del tiempo como un acontecimiento con relevancia jurídica que produce como consecuencia la imposibilidad de pretender judicialmente la tutela de un derecho". Esta imposibilidad de pactar un plazo distinto no es compartida en algunas legislaciones continentales, como sucede en Alemania en donde la última reforma introducida al BGB alemán en el año 2002 establece que "las partes pueden pactar plazos de prescripción distintos a los que la ley señala".

Un último aspecto que merece nuestra atención en el artículo objeto de comentario es el del cálculo de la prescripción, es decir, el término inicial que sirve como punto de partida para dicho cómputo. En la norma se indica que el plazo prescriptorio se computa desde el día en que fue efectuado el pago, pero consideramos que ello resulta contradictorio con lo que el propio Código Civil señala en su artículo 1993, el que indica que "La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho", por tanto, la norma debió señalar como término inicial el momento en que se efectuó el pago indebido, pero pudiéndose computar el mismo desde el momento en que el sujeto que lo realizó conoció que no estaba obligado a efectuarlo.

Si bien no es nuestra labor el comentar los artículos que regulan el tema de prescripción, creemos conveniente señalar que el artículo 1989 del Código Civil, que define la prescripción, merece una revisión en tanto señala que "la prescripción extintiva extingue la acción pero no el derecho mismo", debiéndose proponer una modificación a la misma, puesto que la acción en tanto abstracta no puede extinguirse mas sí es posible extinguir la posibilidad de acceder

(3) El negocio jurídico puede ser definido como "declaración de voluntad, supuesto de hecho, autorregulación de intereses; y como supuesto de hecho y fuente de derecho". Ver: MORALES HERVIAS, Rómulo. Ob. cit. Por su parte SAVIGNY, Friederich Carl Von, en su obra "Sistema del Diritto Romano Attuale". Trad. De V. Scialoja, Torino, 1886, I (obra citada por Rómulo MORALES, Op. cit) nos indica que "el negocio jurídico (rechtsgeschäft) es la declaración de voluntad (willenserklärung) dirigida a la constitución o al desarrollo de una relación jurídica". Ver también ENNECCERUS, Ludwig. "Derecho Civil. Parte general" en: *Tratado de Derecho Civil.* Nacimiento, extinción y modificación de los derechos subjetivos, pretensiones y excepciones, ejercicio y aseguramiento de las derechos; LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil.* Parte General, Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M. A. Navas. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, Volumen I.

a la tutela jurisdiccional de un derecho mediante la pretensión, puesto que el propio ordenamiento puede limitar dicho acceso por motivos de seguridad jurídica.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 4ª edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla, México, 1980; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, Madrid, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, 7ª edición. Tecnos, Madrid, 1995; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Bosch, Barcelona, 1947; LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Parte General, Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANES, Luis. Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina. En: Themis, Revista de Derecho N° 23. Lima, 1992; MORALES HERVIAS, Rómulo. ¿Existen intercambios económicos sin acuerdo contractual? En: Revista Jurídica del Perú, N° 54. Normas Legales, Trujillo, 2004;OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PASCUAL ESTEVILL, Luis. El Pago. Bosch, Barcelona, 1986; SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho Civil: Teoría y práctica, Tomo III. Editorial Revista de Derecho Privado, T. III, Madrid, 1973; SAVIGNY, Friederich. Sistema del Diritto Romano Attuale. Torino, 1886; VON THUR, Andreas. Teoría General del Derecho Civil alemán. Los hechos jurídicos. Depalma, Buenos Aires, 1947.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

El plazo de prescripción del pago indebido

{E}l artículo 1274 del Código Civil, forma parte del Capítulo Séptimo, Sección Segunda (Efecto de las Obligaciones), del Libro VI (Las Obligaciones), que prevé la figura legal del "pago indebido", definida según el artículo 1267 como el pago que se realiza por error de hecho o de derecho, concediendo a quien realizó el pago, el derecho a exigir su restitución de quien la recibió dentro del plazo de cinco (5) años de haberlo efectuado, conforme se establece en el artículo que forma parte del presente análisis ***(Cas. N° 238-2014-Lima).***

El plazo de prescripción del pago indebido se aplica a los actos de fiscalización de la Contraloría

{L}as acciones fiscalizadoras de la Contraloría no suponen que dicha entidad pueda desempeñar sus funciones en cualquier momento, pues ello significaría permitir que se resuelvan las causas fuera de plazos razonables o reabrir debates que el paso del tiempo debe dar por concluidos1, más aún si, conforme lo señala el artículo 1274 del Código Civil: "la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago". En tal sentido, se exhorta al órgano de fiscalización que ejerza sus facultades sin dilación alguna que impida un adecuado control de los entes administrativos ***(Cas. N° 1513-2016-Lima).***

Se aplica el plazo de prescripción de cinco años al pago en exceso

{L}a Sala Suprema deberá casar la sentencia de vista y reconociendo que el pago en exceso es una forma de pago indebido, no aplicar el artículo 2001 del Código Civil, sino el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 1274 del Código Civil ***(Cas. N° 2033-2012-Lima).***

Casos de improcedencia de la repetición

Artículo 1275.- *No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.*

Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar.

Concordancias:
C.C. arts. 180, 1268; C.T. art. 20

JORGE BELTRÁN PACHECO

El presente artículo establece en su contenido un supuesto de exclusión, en virtud del cual no será posible pretender judicialmente la restitución de lo pagado (presuntamente, de forma indebida) cuando se refiera a deudas prescritas, deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito. Para efectos de realizar nuestro comentario, es indispensable elaborar un estudio independiente de cada uno de los supuestos insertados en el supuesto normativo.

a) **Deudas prescritas.-** Entendemos por deudas prescritas aquellas en las que "existe un vínculo jurídico obligatorio válido en el que un sujeto acreedor tiene un derecho subjetivo (que lo legitima al cobro de la deuda), y otro sujeto, llamado deudor, tiene un deber jurídico, pero que por el transcurso del tiempo no será posible solicitar la ejecución directa de la prestación (mediante la fuerza judicial), lo que se conoce como prescripción". Tal como podemos observar, existe un derecho legítimo al cobro, lo que no puede ser negado por el sujeto deudor, dado que tal actuación significaría un "obrar de mala fe", por tanto, si el sujeto deudor paga (sin existir de por medio una sentencia que lo condene), entonces no podrá solicitar la restitución, dado que de hacerlo estaría negando la existencia de un derecho legítimo, que nació por imperio de la autonomía privada de los sujetos o por la ley. Estas deudas prescritas son conocidas como "deudas naturales" u "obligaciones naturales", en tanto se mantienen, luego de encontrarse prescritas, por no haber sido aún satisfechas. Debemos indicar que la prescripción no produce la extinción de la deuda (puesto que el derecho aún se mantiene), sino la imposibilidad de que el ordenamiento jurídico ampare la pretensión, por haberse extinguido (en lenguaje del Código Civil peruano, "extinción de la acción").

b) **Deberes morales o de solidaridad social.-** Estos deberes tienen como "regla imperativa" una exigencia moral o social, es decir, no son situaciones jurídicas subjetivas de desventaja en las que el ordenamiento jurídico impone una sanción en caso exista la inobservancia de las mismas, sino el sujeto las satisface para evitar una sanción moral o social, como sucede en los casos de las dádivas o de las limosnas, así también podríamos incluir a las deudas asumidas en fiestas patronales por aceptar el cargo de "mayordomo". En estos casos, lo pagado no podrá ser repetido puesto que ello conllevaría una sanción de índole moral o el castigo social (como suele suceder en el último caso descrito, sobre fiestas patronales). Nuestra observación en el presente precepto normativo recae en lo siguiente: tal como lo hemos afirmado, la sanción en estos casos es una de índole consuetudinaria o moral, por lo que no entendemos por qué el propio ordenamiento jurídico impone una consecuencia jurídica (la no repetición) en caso se presente dicha pretensión. A nuestro parecer,

esto resulta innecesario puesto que para ello existen sanciones de carácter social o moral que tienen la fuerza o coerción suficiente para enervar cualquier intento de repetición.

c) **Deberes asumidos con un fin inmoral o ilícito.-** Estos "supuestos deberes" son aquellos asumidos en virtud de actos inmorales o ilícitos, como por ejemplo, los actos de prostitución (en virtud de los que se entrega una suma de dinero a cambio de una prestación de servicios sexuales, que si bien no está prohibida jurídicamente, dado que lo único sancionado es el proxenetismo, ello no puede justificar, por su carácter inmoral, una pretensión restitutoria) o los contratos de sicarios (estos contratos son aquellos en los que un sujeto entrega una suma de dinero, a manera de retribución, a otro para que asesine a una tercera persona). En este último caso, al existir un fin ilícito, no solo el acto resultaría nulo sino además no podría exigirse la devolución de lo pagado, dado que quien pagó actuó como cómplice de un "ilícito penal".

En estos últimos casos, la norma dispone que lo pagado, que no puede quedarse en posesión de quien comete el acto inmoral (entiéndase la prostituta) o de quien comete el acto ilícito (el delincuente contratado), pase a la administración de la institución encargada del bienestar familiar que en nuestro país es el INABIF (Instituto Nacional de Bienestar Familiar).

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 4ª edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla, México, 1980; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, Madrid, 1983; MOISSET DE ESPANES, Luis. Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina. En: Themis, Revista de Derecho N° 23. Lima, 1992.

Reglas del pago indebido a las obligaciones de hacer y de no hacer

Artículo 1276.- *Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.*

En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, solo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Concordancias:
C.C. arts. 1148 y ss., 1158 y ss., 1269, 1271

JORGE BELTRÁN PACHECO

El pago indebido no es un tema privativo de las obligaciones con prestación de dar, dado que la ejecución por "error" de una prestación a la que no estaba obligado el sujeto deudor, también podría presentarse en obligaciones con prestación de hacer o de no hacer. Por ejemplo, que un sujeto preste un servicio a otro, quien nunca tuvo un vínculo jurídico con el primero, como es el caso de un médico que realiza un diagnóstico a favor de un paciente X cuando a quien debió evaluar era al paciente Z; así, también podemos citar el caso de un jardinero el cual poda el césped de una casa que era distinta a la del acreedor beneficiario del servicio. En lo que concierne a las obligaciones de no hacer, tenemos el caso de Miguel, quien tenía que abstenerse de interrumpir a Luis durante la realización de una filmación televisiva, pero "se equivoca" e interrumpe a Luis y se abstiene frente a Raquel.

Cuando la norma establece que serán de aplicación las reglas sobre pago indebido a las obligaciones de hacer en las que no procede la restitución, está refiriéndose a las "obligaciones de puro hacer" que se diferencian de las obligaciones de hacer que terminan en un dar. Estas últimas son aquellas en las que el sujeto deudor no solo presta un servicio sino también entrega un resultado, como es el caso de un sastre que brinda el servicio de costura de un terno, pero que una vez concluida dicha labor entregará el producto de su actividad al comitente del servicio, ello de acuerdo con el artículo 1771 del Código Civil que regula el contrato de obra: "Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución".

Por su parte, en las obligaciones de hacer que terminan en un dar no existe discusión sobre la aplicación de las reglas de pago indebido, puesto que es posible que el sujeto deudor solicite la devolución de la obra realizada y entregada de forma indebida, caso distinto a las obligaciones de puro hacer en donde al no entregarse ningún *opus,* pareciese impropio solicitar una restitución. Desde nuestro punto de vista, consideramos que sí resulta posible iniciar un proceso de restitución por pago indebido en las "obligaciones de puro hacer", en tanto dicha restitución se refiera a "un valor representativo del servicio brindado".

Una vez afirmado que es posible aplicar a las obligaciones antes señaladas las reglas sobre "pago indebido", es necesario comentar a qué se refiere la norma cuando indica: "Las reglas del presente capítulo se aplican, **en cuanto sean pertinentes** (el resaltado es nuestro)". Tal como podemos apreciar del tenor de la mayoría de dispositivos legales sobre el pago indebido, el legislador hace referencia a obligaciones de dar, tal es el caso que utiliza supuestos normativos como:

> "Artículo 1267.- El que por error de hecho o de derecho **entrega** a otro algún bien o cantidad en pago (...)".
>
> "Artículo 1268.- Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el **título**, limitado o cancelado las garantías de su derecho (...)".
>
> "Artículo 1269.- El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de **capitales o los frutos** percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera (...)".

Así también observamos en los artículos 1270 y 1272 del Código Civil referencias a "la enajenación del bien entregado de forma indebida". Todos estos términos, como son "entrega, título (en tanto aluda a títulos valores), capitales o frutos y enajenación" se refieren a un bien corpóreo, tangible, que ha sido entregado de forma errada y que puede ser materia de restitución. Pero, desde nuestro enfoque, no habría inconveniente de aplicar dichas normas a obligaciones de puro hacer, puesto que se buscará la restitución de un valor representativo del servicio prestado, el que también pudo haber producido "frutos" y además ser enajenado; pensemos en "un servicio de consultoría en marketing" (que un sujeto de forma equívoca haya prestado a favor de una empresa, siendo utilizadas las ideas en el lanzamiento de un producto, lo que produjo frutos a favor de dicha entidad indebidamente beneficiada, la que además dispuso frente a terceros del contenido de la estrategia).

Concluido el estudio de la procedencia de las reglas sobre pago indebido a las obligaciones antes descritas, iniciemos al análisis de la segunda parte de la norma objeto de comentario.

> "En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, solo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios".

En esta segunda parte de la norma se hace referencia a dos supuestos distintos: cuando el sujeto quien acepta el pago actúa de buena fe y cuando el sujeto actúa de mala fe.

a) Actuación de buena fe del sujeto que recibe el pago indebido

En el presente supuesto, "buena fe" debemos entenderla como "la creencia en la legitimidad del pago", en estos casos no existirá dolo ni culpa del sujeto, puesto que no existe intención de ocasionar un daño a otro (dolo, según lo dispone el art. 1318 del Código Civil peruano), ni tampoco "culpa" (puesto que no existe falta de diligencia ordinaria, de acuerdo con el artículo 1320 del mismo cuerpo de leyes; dado que entenderemos que existió una falsa representación del sujeto beneficiado). En tal escenario (falta de un "criterio de imputación", indispensable en el estudio de un caso de responsabilidad civil), nos resulta inadecuado el uso del término "indemnización" en el cuerpo de la norma, como consecuencia de la aceptación de buena fe del pago, a no ser que ello aluda a la "entrega de un valor en restitución que reemplace al servicio brindado y los provechos obtenidos de la explotación de este", lo que sí sería correcto. Por otro lado, cuando la norma dice "aquello en que se hubiese beneficiado", es importante diferenciar entre "el beneficio indebido al aceptar el servicio" y "el beneficio logrado al explotar los resultados del servicio aceptado". Por ejemplo, Cereales Mochito S.A. recibe "indebidamente" un servicio de Consultores Técnicos del Perú S.A., por el que se le indica cómo debe efectuar sus estrategias

de venta y difusión de sus productos; ante ello Cereales Mochito S.A. ejecuta una campaña que le reporta un beneficio importante, utilizando las técnicas recibidas en distintas ocasiones con el mismo resultado. En este caso ¿cuál es el beneficio? Consideramos que el beneficio está constituido no solo por lo que recibió de forma indebida, al momento de aceptar la consulta, sino además por los provechos obtenidos con la ejecución de las distintas campañas, aunque nuestro Código Civil, según parece (de una lectura sistemática de la norma), establece que "solo se tendrá que indemnizar por los beneficios obtenidos" que son distintos al "valor de la prestación", tal como lo indica al regular las consecuencias de la actuación de mala fe de quien acepta el pago indebido.

b) Actuación de mala fe del sujeto que recibe el pago indebido

En esta situación tenemos que el sujeto actúa "a sabiendas de su ilegitimidad", lo que, a diferencia del caso anterior, conllevará a que se tenga que indemnizar por "dolo"(conocimiento de la situación anómala e intención de ocasionar un daño) al sujeto perjudicado.

Esta indemnización tendrá por contenido el valor de la prestación aceptada de forma indebida, pero además los beneficios logrados a partir de la explotación de la información obtenida por el servicio brindado.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, 4ª edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla, México, 1980; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, Madrid, 1983; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, 7ª edición. Tecnos, Madrid, 1995; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II, Las Obligaciones. WG Editor, Lima, 1992; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANES, Luis. Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina. En: Themis, Revista de Derecho N° 23. Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PASCUAL ESTEVILL, Luis. El Pago. Bosch, Barcelona, 1986; SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho Civil: Teoría y práctica, Tomo III. Editorial Revista de Derecho Privado, T. III, Madrid, 1973.

TÍTULO III
NOVACIÓN

Definición

Artículo 1277.- *Por la novación se sustituye una obligación por otra.*
Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Concordancias:
C.C. arts. 1278, 1280, 1281, 1282; C.P.C. art. 339; C. de C. art. 565

MANUEL MURO ROJO

El artículo 1277 define la figura de la novación con un enunciado general e insuficiente: la novación consiste en la sustitución de una obligación por otra. Seguidamente, algunas de las notas distintivas de dicho acto se van desprendiendo de esta y de las demás disposiciones del Título III (artículos 1277 al 1287) que lo regulan.

La definición no es pues completa, habida cuenta que la novación no se caracteriza por un mero fenómeno de transformación o de cambio, sino que lo más relevante en ella es su efecto extintivo (generador a la vez), por lo que sería más exacto decir que la novación es la extinción de una obligación mediante su reemplazo o sustitución por otra nueva obligación (MOISSET, p. 216).

Debido a esta característica especial, León Barandiarán (En torno ..., p. 689) se refería a la novación como un instituto jurídico que puede ser considerado como de "carácter difórmico", en sentido figurado, pues al mismo tiempo que extingue una obligación genera una nueva.

Cabe precisar que la novación no equivale al pago, es una forma distinta a este de extinguir obligaciones, de modo que quien nova no paga, no cumple en sentido efectivo y estricto con la obligación asumida.

Por otro lado, se ha debatido respecto de la utilidad de mantener esta figura en los Códigos modernos, considerando que ha perdido su importancia en razón de que por medio de otras figuras más dinámicas se pueden obtener resultados similares que con la novación. Así, si se trata de que el titular de la obligación sea un nuevo acreedor, este puede llegar a serlo en virtud de una cesión de derechos en la que no se requiere intervención del deudor, o de una cesión de posición contractual que ofrece otras ventajas, como mantener las garantías otorgadas por el propio deudor. Si se trata de que un nuevo deudor asuma la obligación, bastaría la cesión de la deuda, aunque lo más frecuente es que el acreedor no libere al deudor original (vid. LEON BARANDIARAN, Tratado ..., p. 475); y si se trata de cambiar el objeto de la prestación bastaría celebrar un pacto modificatorio sin necesidad de extinguir la obligación y crear una nueva; esta es la posición del Código alemán, por ejemplo, que no contempla la novación y que deja en libertad a las partes para que regulen su propia relación jurídica de la forma que más les convenga.

En relación a esta última modalidad (novación por cambio de objeto), se ha llegado inclusive a discutir su confusión con la dación en pago, al punto de sostenerse que esta última figura absorbe a la primera, por lo que algunos Códigos no se ocupan de regularla. En el

marco de este debate sobre la autonomía de la figura bajo estudio, se ha defendido –creemos que con éxito– la distinción que hay respecto de la dación en pago. En esta última no existen dos obligaciones, una antigua y una nueva; se trata de la misma obligación, solo que para efectos de su pago opera un cambio en el objeto de la prestación, de manera que el deudor "cumple" la obligación entregando un bien distinto al originalmente pactado; la obligación desaparece, el vínculo se extingue.

No obstante, la teoría que insiste en ver en la dación en pago una novación o viceversa, se basa en que cuando las partes convienen en cambiar el objeto con el cual se efectuará el pago, en realidad han extinguido la obligación y han creado una nueva que inmediatamente será pagada; pero advierte Díez-Picazo (p. 224) que esa no es la intención de las partes, sino solo insertar en la misma obligación el convenio relativo a la manera como se efectuará el cumplimiento. En este sentido, resulta ociosa la elucubración que propone desdoblar el acto de la dación en pago en dos operaciones jurídicas, siendo que tal desdoblamiento no pasa de ser una construcción intelectual verificable solo dialécticamente (vid. LEÓN BARANDIARÁN, Tratado ..., pp. 475-476). En conclusión, el pacto en que consiste la dación en pago y su ejecución, constituyen un solo acto jurídico.

Concluido este punto, es pertinente describir los requisitos de la novación en general; debiendo precisar que no todos estos están expresamente indicados en el artículo 1277, pero fluyen de él. La doctrina señala que tales requisitos son los siguientes:

a) **Preexistencia de una obligación.-** Es evidente que si por la novación se extingue una obligación, esta debe previamente existir; con la precisión de que tal obligación debe ser válida al tiempo de celebrarse el acuerdo novatorio. Si la obligación que se pretende novar es nula no puede haber novación, en cambio si es solo anulable la novación es posible si las partes, conociendo el vicio, asumen la nueva obligación (artículo 1286).

   No se exige, como es lógico, que la obligación materia de novación sea eficaz al tiempo de celebrarse el acuerdo novatorio, desde que los efectos pueden haberse diferido o suspendido por voluntad de las partes, y en todo caso es irrelevante esa exigencia en la medida que el destino de la obligación es su extinción. Desde luego, es claro que la obligación a novar puede estar en proceso de ejecución, que es lo más frecuente, pero de ninguna manera debe estar totalmente ejecutada, de lo contrario no sería jurídicamente posible la novación.

b) **Creación de una nueva obligación.-** Es el efecto intrínseco propio de la novación como instituto de "carácter difórmico". La doctrina ha dejado expresado que para que se dé la novación debe producirse un cambio sustancial en la obligación, pues de ser accesorio el cambio, no habría novación (vid. artículo 1279 del Código vigente). Esto último resulta un poco confuso, ya que el artículo 1277 bajo comentario no establece dicha exigencia, bastando la voluntad de novar o la incompatibilidad entre ambas obligaciones; de modo que aparecería como irrelevante la naturaleza y magnitud del cambio. En ese sentido, la regla del artículo 1279 (de que los cambios accesorios no producen novación) solo se aplicaría si en el acuerdo las partes no han expresado su voluntad de novar o no se produce la incompatibilidad a que se refiere el artículo 1277 *in fine*.

   Cabe agregar, que si obligación creada en virtud de la novación es declarada nula o es anulable, la primitiva obligación recobra sus efectos, vuelve a tener validez, pero

no así las garantías otorgadas por terceros, las mismas que el acreedor no puede invocar (se entiende que el acreedor sí puede valerse de las garantías que en la obligación primitiva había otorgado el propio deudor) (artículo 1287).

c) **La voluntad de novar *(animus novandi)*.-** Considerando que la novación supone la extinción de una obligación y la consecuente creación de una nueva, no cabe duda de que es requisito necesario que las partes dejen constancia de su voluntad de novar.

El cumplimiento de esta exigencia es fundamental para producir los efectos extintivos-creadores de la novación; en caso contrario, como manifiestan Osterling y Castillo (p. 261), puede ocurrir que la ausencia del *animus novandi* ocasione que la novación no se produzca y, en consecuencia, que eventualmente coexistan dos obligaciones simultáneamente (la original y la nueva, siempre que no sean incompatibles), de manera que el deudor estaría obligado al cumplimiento de ambas.

La regla del artículo 1277 es clara en exigir la voluntad de novar, en tal sentido la novación no puede darse por presunción. Osterling y Castillo (p. 262) aclaran respecto de este punto, que la voluntad de novar no necesariamente debe ser manifestada en forma expresa, y tienen razón en esto, habida cuenta que aquí han de aplicarse las normas generales sobre la manifestación de voluntad en los actos jurídicos (artículo 141 del Código Civil); por lo demás, el artículo 1277 indica que el *animus novandi* se manifieste indubitablemente, sin duda alguna, inequívocamente; y esto puede ocurrir tanto en caso de manifestación expresa como de manifestación tácita.

Por lo demás, la norma admite que la novación se produce cuando la obligación primitiva y la nueva son incompatibles entre sí; de manera que no puedan coexistir ambas a la vez. Así, por ejemplo, si "A" vende a "B" un inmueble "X", y luego ambas partes acuerdan que el mismo será solo cedido a título de alquiler, es claro que las dos obligaciones no pueden subsistir coetáneamente, dado que es incompatible que el mismo inmueble sea objeto de compraventa y de arrendamiento a la vez.

Finalmente sobre este punto, cabe mencionar que el requisito de la voluntad de novar de las partes intervinientes en la novación, tiene como excepciones el caso de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión (artículo 1282) y la novación que opera por imperio de la ley.

DOCTRINA

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. II. Editorial Tecnos, Madrid, 1980; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II. WG Editor, Lima, 1992; LEÓN BARANDIARÁN, José. En torno a la novación objetiva. En Libro Homenaje al Dr. Mario Alzamora Valdez. Cultural Cuzco, Lima, 1988; MOISSET DE ESPANES, Luis. Curso de Obligaciones. Advocatus, Córdoba, 1993; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino, Tomo III. Buenos Aires, 1947.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción de novación

La novación, concebida en términos generales, constituye una figura jurídica mediante la cual se extingue una obligación existente para crear otra nueva, sea a través del cambio de la obligación primitiva o mediante el cambio de los sujetos activo o pasivo de la relación obligacional. Es necesario precisar que, como institución, la novación encuentra su regulación general en el Código Civil, específicamente en los artículos mil doscientos setenta y siete a mil doscientos ochenta y siete del citado cuerpo normativo, lo que no impide sin embargo que, por leyes especiales, se establezcan otros requisitos y efectos que puedan derivarse para casos concretos ***(Cas. N° 941-2005-Lima).***

Supuesto de hecho de la novación

La novación en los términos de los artículos 1277 y 1278 del Código Civil importa la sustitución de una obligación por otra para la cual se requiere que la voluntad con dicho propósito se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva, así y para lo que al caso sub examine importa se produce una novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente ***(Cas. N° 6702-2015-La Libertad).***

Animus novandi

En el caso autos el artículo 1277 del Código Civil está referido a la novación y al animus novandi que ha sido aplicada en la sentencia de vista al considerar que se ha producido novación por cuanto la anticresis ha sido sustituida por la cesión de posición contractual, reconocimiento de obligación y constitución de hipoteca celebrado por Hugo Leonell Fuentes Mezco, Eddy Germán Salas Alvarado, Mery Vilma Pariente de Salas, Juan Fernando Salas Pariente, Juan Pedro Fredes Pineda y Justina Arapa Luque, quienes proceden por su propio derecho; sin embargo, para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva ***(Cas. N° 2535-2002-Puno).***

Novación objetiva

Artículo 1278.- *Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.*

Concordancias:
C.C. arts. 1233, 1277

MANUEL MURO ROJO

Tal como se mencionó al comentar el artículo 1277 del Código Civil, la novación puede ser objetiva o subjetiva. El artículo 1278 que ahora se comenta trata lo referente a la primera, describiendo los requisitos que deben cumplirse para que esta se produzca: i) el acuerdo novatorio; y ii) el cambio de la prestación o del título de la obligación primitiva.

Es curioso que tratándose de la modalidad más importante de la novación, esta no haya tenido una regulación expresa en el Código de 1936, aun cuando podía inferirse de una interpretación en contrario de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1290 de dicho Código, según el cual "las estipulaciones que no se refieran al objeto principal, serán consideradas como que solo modifican la obligación"; *contrario sensu,* las estipulaciones que sí se referían al objeto principal de la obligación no se consideraban como simples modificaciones, sino que causaban la novación de dicha obligación (vid. LEÓN BARANDIARÁN, p. 483).

Un sector de la doctrina opina que en la novación objetiva puede cambiar alguno de los siguientes elementos: i) el objeto de la prestación; ii) la causa fuente, o iii) el vínculo obligacional (CAZEAUX y TRIGO REPRESAS; BOFFI BOGGERO, citados por OSTERLING y CASTILLO, p. 335). Sin embargo, en nuestra opinión, y esto aparece correctamente en el artículo 1278, lo que cambia es i) la prestación (aunque debió decir objeto de la prestación) o, ii) el título (causa fuente) de la obligación. En cuanto a la modificación del vínculo obligacional, entendido como relación obligatoria, consideramos que no es nota distintiva exclusiva de la novación objetiva, pues el vínculo cambia de todos modos en cualquier tipo de novación, sea objetiva o subjetiva, desde que es efecto esencial de la novación la extinción del vínculo obligatorio primitivo para dar lugar a un nuevo vínculo o relación obligacional, que tendrá en sus extremos en calidad de acreedor y deudor a las mismas personas (novación objetiva) o a otras personas (novación subjetiva).

La novación objetiva por cambio en la prestación, o mejor dicho en el objeto de la prestación, opera cuando se reemplaza el bien o servicio que es materia de la conducta de dar o hacer, o cuando se sustituye la abstención si la prestación consistía en un no hacer. Así, por ejemplo, si "A" se obligó originalmente a entregar en venta un vehículo nuevo a "B", y luego ambas partes convienen que, en virtud de la novación, el objeto sobre el que recaerá la prestación de dar ya no será el vehículo nuevo sino otro vehículo ya usado. O si "A" se obligó a hacer el servicio de mantenimiento y limpieza de la casa de "B", y luego se conviene que dicho servicio se haga en la oficina de "B". O finalmente, si "A" se obliga a no vender en la zona norte de la ciudad los mismos productos que comercializa "B", y luego las partes convienen que la abstención sea en la zona sur de la ciudad.

Puede observarse que en estos supuestos el título es el mismo, lo que cambia es el objeto de la prestación; no obstante, podría darse el caso que no cambie en estricto ni lo uno ni lo otro, sino que el cambio que da lugar a la novación incida en otro elemento sustancial, como podría ser, alterando un poco el primer ejemplo, que "A" se obligue originalmente a

vender a "B" un automóvil nuevo, pero luego acuerden que "A" venderá el mismo vehículo pero cuando tenga 20,000 kms. de recorrido, de modo que conforme a la nueva obligación en rigor la venta sería de un automóvil usado, solo que dicho bien es el mismo objeto de la prestación original, lo que ocurre es que se entregará en condiciones distintas, según lo estipulado en la nueva obligación. Cabe aclarar que si la voluntad de novar es manifiesta (conforme al artículo 1277), en este supuesto hay sin duda novación, pues se ha alterado un elemento sustancial que respecta al objeto de la prestación (el estado del bien); es decir, no se trata de un caso de no considerado como novación a que se refiere el artículo 1279, ya que el cambio no es accesorio.

De otro lado, la novación objetiva por cambio de título se da cuando se modifica la fuente (causa fuente) de la cual emana la obligación. Aquí las partes siguen estando obligadas (claro que luego de haber sustituido la relación obligatoria), pero por una razón distinta a la original; por ejemplo, si "A" se obliga originalmente a vender a "B" el inmueble "X", y luego las partes convienen, en una nueva obligación, que "A" ya no venda el inmueble, sino que se lo entregue a "B" a título de arrendamiento. El inmueble (objeto de la prestación es el mismo), la prestación (dar) es la misma; lo que cambia es el título de la entrega (propiedad por posesión y uso).

O también si "A" se obliga, a título de venta, a dar a "B" un cuadro "X" pintado por un tercero; y luego se conviene que "A" pintará el cuadro (se modifica el título, compraventa por obra; la prestación, dar por hacer; e incluso el objeto de la prestación, un cuadro por otro, ya que al pintarlo "A" el cuadro no será el mismo que originalmente se pensaba entregar pintado por un tercero. O si "A" debía dar en préstamo de uso una computadora a "B", pero luego se nova la obligación estableciéndose que "A" dé en arrendamiento una impresora (aquí hay cambio de título y de objeto de la prestación).

En fin, estas son las principales variables, pudiendo darse otras también; lo importante es que junto con el cambio de prestación o del título, o de ambos, se dé también el requisito señalado por el artículo 1277; que se manifieste indubitablemente la voluntad de novar o que la obligación primitiva sea incompatible con la nueva.

DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II. WG Editor, Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino. Tomo III. Buenos Aires, 1947.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La existencia de un saldo pendiente no genera una novación

Posteriormente al citado contrato se ha realizado un documento denominado contrato preparatorio de fecha siete de noviembre de dos mil siete y contrato preparatorio de fecha veintiocho de marzo de dos mil ocho; no se consideraría una novación del acto jurídico inicial por cuanto la novación constituye la sustitución de una obligación por otra distinta o diferente; y conforme se aprecia el contrato inicial de compraventa, el cual aparece como pago del total del precio; más en el segundo y tercer acto jurídico como promesa de compraventa con saldo del precio de dos mil quinientos soles; asimismo no infringe el artículo 1278 del Código Civil por cuanto si bien es cierto existe un saldo pendiente del precio según los nuevos actos jurídicos posteriores acordados por las partes, pero de ninguna manera lo convierte o nova en un contrato preparatorio de compraventa puesto que no ha sido novada con prestación distinta o título diferente; ,más aún, si la intención de las partes es transferir el bien inmueble conforme al punto dos de los contratos preparatorios suscritos entre las partes en forma posterior al acto jurídico inicial y original (Cas. N° 4146-2014-Apurimac).

Actos que no producen novación

Artículo 1279.- ***La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no produce novación.***

Concordancias:
C.C. art. 1233, 1277; LEY 27287 art. 94

Federico Mesinas Montero

1. ¿Cuándo hay un cambio novativo?

Se entiende que los cambios accesorios de una obligación son aquellos que no sustituyen integralmente los elementos esenciales de la relación obligatoria: sujetos, prestación, vínculo. Tal tipo de cambios no producen novación, ni siquiera si las partes evidencian un *ánimus novandi,* pues el artículo 1279 los excluye de los alcances de la figura. En el fondo la norma deja sentado que la novación importa necesariamente un cambio esencial.

Ahora bien ¿todo cambio de un elemento esencial o principal es novativo? No, en tanto necesariamente debe existir una manifestación indubitable del *ánimus novandi,* conforme al artículo 1277. Tal como lo precisan Osterling y Castillo Freyre, esto no significa que el *ánimus* deba ser expreso. La manifestación indubitable puede desprenderse del acto mismo, en la medida en que la nueva regulación evidencie que el interés de las partes ha sido producir la sustitución de obligaciones.

Normalmente se verifica el *ánimus novandi* por la magnitud del cambio producido en la reglamentación original de los intereses de las partes. Debe tenerse en cuenta que la novación tiene un sentido no solo conceptual sino práctico, por los efectos particulares que produce. El principal efecto quizás es la extinción de las garantías pactadas en la obligación original, pero también se pueden afectar condiciones accesorias, además de los términos prescriptorios, entre otros. En esa línea, por ejemplo, no debería tener efectos novativos un acto que si bien incide sobre algún elemento principal de la obligación no implique, porque así se desprende del nuevo acuerdo, una variación de los plazos, garantías y demás condiciones del contrato. Aquí es claro que no hay *ánimus novandi.*

Con relación a la incompatibilidad de la que habla el artículo 1277, no se trata ya de la mera alteración de un elemento esencial o principal de la obligación que evidencie *ánimus novandi.* Como lo señala Díez-Picazo (aunque en el análisis de la particular legislación española), implica una "total" incompatibilidad y se refiere a "la reglamentación de intereses que originalmente hicieron las partes confrontada con la actual, lo que evidentemente se produce ante un cambio en la naturaleza de la obligación". Es decir, se produce incompatibilidad en tanto la antigua regulación es, por propia naturaleza o efectos, totalmente contradictoria con la nueva, sin que puedan subsistir las dos al mismo tiempo. El autor menciona el siguiente ejemplo: A tiene arrendado a B un piso en un inmueble de su propiedad. Se conviene que B pase a ocupar otro mediante un contrato de venta con precio aplazado o por constituirse entre ambos un derecho real de habitación.

La novación por tanto no siempre se produce con un cambio en un elemento principal de la obligación, pero resulta una condición necesaria. Ahora bien ¿la mera modificación (no sustitución) de un elemento esencial puede ser novativa? Por ejemplo, Moisset de Espanés

considera que la modificación del precio de una obligación de compra no es novación objetiva: no se reemplaza una prestación por otra distinta, pues siempre se tiene que pagar un precio.

En este punto, convenimos sin embargo con Osterling y Castillo Freyre en que no puede darse una respuesta uniforme. En el ordenamiento peruano rige, entre otros, el principio de la integridad de pago, por lo cual puede decirse justificadamente que un cambio de precio importa configurar una prestación distinta.

¿Cuál es la solución entonces? En nuestra opinión será novativa la variación de precio si se evidencia un *ánimus novandi,* conforme a la nueva reglamentación de los intereses de las partes; en caso contrario, deberá entenderse como una mera modificación de la obligación originaria, sin extinguirla.

2. Precisión de cambios accesorios que no producen novación

Tal como lo indica el artículo 1279 son cambios accesorios las modificaciones de plazo, del lugar de cumplimiento o la emisión o renovación de títulos valores. No obstante, la norma es simplemente enunciativa, pues abarca a todo tipo de cambio accesorio. Analizaremos a continuación los supuestos que plantea.

a) Títulos valores

La emisión de títulos valores supone en el fondo la creación de una nueva relación obligatoria, de tipo cambiario, que de ningún modo extingue la obligación original. Sin embargo, la emisión de un título valor sí produce efectos sobre la obligación primitiva: suspende sus acciones de cobro (cfr. artículo 1233 del Código Civil).

Se mantendrá la suspensión de la obligación primitiva mientras los títulos valores no se paguen o se perjudiquen por culpa del acreedor. Esto siempre que el tenedor del título no opte por ejercer la acción causal a que se refiere el artículo 94.1 de la Ley de Títulos Valores: "Si las calidades del tenedor y del obligado principal del título valor correspondieran respectivamente al acreedor y al deudor de la relación causal, de la que se derivó la emisión de dicho título valor, el tenedor podrá promover a su elección y alternativamente, la acción cambiaria derivada del mismo o la respectiva acción causal".

El artículo 1279 señala además que la renovación de un título valor tampoco genera novación, lo cual en realidad responde al mismo principio de la emisión: el surgimiento (o resurgimiento) de una relación cambiaria no nova la relación primitiva, que simplemente queda en suspenso.

b) Plazo

Osterling y Castillo Freyre manifiestan sus dudas sobre la pertinencia de que el Código Civil señale que cualquier variación de plazo no produce novación. Y es que, en su opinión, podrían darse cambios de plazo de tal magnitud que necesariamente deberían producir efectos de novación. Citan el ejemplo de un contrato de suministro de un mes que es variado a un año, es decir, once veces mayor y que revela un ánimo de novar.

Particularmente, no nos parece que la crítica deba ir por allí. La novación no debe medirse por aspectos cuantitativos sino por los efectos que produce la nueva regulación en la anterior, evidenciándose así un *ánimus novandi* o total incompatibilidad. ¿De qué sirve considerar que un cambio de plazo es novativo cuando no se evidencia de la voluntad de las partes la intención de variar las garantías y demás términos contractuales, por ejemplo?

Puede criticarse de la norma que literalmente no permita que un cambio de plazo produzca novación cuando es ésa la voluntad de las partes y a partir de los alcances de la nueva vinculación. Estas podrían incluso atribuirle carácter esencial al plazo fijado, de modo que un cambio de plazo posterior, que en el esquema implique además una reformulación de la reglamentación de intereses de las partes, refleje tal deseo de novar.

¿Cuál sería la solución? Nos parece que puede interpretarse que el artículo 1279 se aplica siempre que el plazo tenga, en efecto, carácter accesorio. Cuando por la voluntad de las partes, o la naturaleza o efectos de la obligación, el plazo se constituye en un elemento principal, debería ser posible una novación, si eso es lo buscado dadas las circunstancias. Entendemos, sin embargo, que la mayoría de cambios de plazo se manifestarán como simples modificaciones obligacionales.

c) Lugar de pago

Un cambio de lugar de pago no siempre es aspecto "accesorio" de una obligación. En materia de Derecho Internacional Privado, por ejemplo, el lugar de cumplimiento puede determinar la legislación aplicable y, en esa línea, las diversas condiciones contractuales, lo que podría evidenciar un *ánimus novandi.*

Por supuesto, habrá que analizar cada caso concreto, pero es claro que normalmente un cambio de lugar de cumplimiento no implicará novación.

DOCTRINA

BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1996. COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Editorial Guillermo Kraft. Buenos Aires, 1944; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. II. Tecnos. Madrid, 1995; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Vol 1°. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1966; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Curso de Obligaciones. Tomo II. Advocatus. Córdoba, 1998; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. XVI, Tercera parte, Tomo VIII. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.

Novación subjetiva activa

Artículo 1280.- ***En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor.***

Concordancias:
C.C. art. 1277

MANUEL MURO ROJO

Este artículo se ocupa de la novación subjetiva activa, es decir de aquella en la cual se acuerda el cambio del acreedor. La norma se limita a señalar que en esta modalidad novatoria es requisito esencial contar con el asentimiento de todos los participantes en el acto: acreedor original, nuevo acreedor y deudor.

En la novación por cambio de acreedor, los sujetos involucrados convienen, por un lado, en crear una nueva obligación con distinto acreedor y, por otro lado, en extinguir la obligación primitiva; conservándose –o eventualmente cambiando también (novación mixta)– el objeto de la prestación y/o el título de la obligación.

La referida operación supone la liberación del deudor del vínculo jurídico que le unía con el antiguo acreedor respecto de la obligación primitiva y, a partir del acuerdo novatorio, se generará una nueva relación jurídica con persona distinta. Castañeda, citado por Osterling y Castillo (p. 393) ejemplifica la figura así: "X" debe 500 a "Z" y (luego) convienen que en lugar de pagárselos ("X") a "Z", se los pague a "M", quien se transforma en acreedor.

Claro está que a un resultado similar se puede llegar si las partes emplean otras figuras, empero la operación jurídicamente hablando sería en el fondo diferente. Así, por ejemplo, sin necesidad de recurrir a la novación, "Z" podría ceder su posición contractual a favor de "M", conforme a lo dispuesto en el artículo 1435 del Código Civil, sin embargo no se extinguiría ninguna obligación ni nacería una nueva; se trataría siempre de la misma relación obligatoria, solo que "X" estaría ahora obligado frente a "M", a quien se le ha cedido la calidad de parte en el mismo contrato.

Si este fuera el caso, surgen otras implicancias que no ocurren en la novación, por ejemplo, que el acreedor cedente puede eventualmente no quedar liberado (artículo 1437), que debe garantizar la existencia y validez del contrato (artículo 1438, primer párrafo) y que podrían oponerse las excepciones y medidas de defensa derivadas del contrato e inclusive, si hubo reserva, aquellas derivadas de otras relaciones con el cedente (artículo 1438, segundo párrafo).

El régimen de las garantías es también diverso en uno y otro caso. En la novación, conforme al artículo 1283, no se transmiten a la nueva obligación las garantías correspondientes a la obligación extinguida, sea que dichas garantías hayan sido prestadas por el propio deudor o por terceros (salvo pacto en contrario). En la cesión de posición contractual, no pasan al cesionario las garantías constituidas por terceros, salvo autorización; en cambio, las otorgadas por el propio deudor se mantienen, y esto es entendible porque la relación obligatoria sigue siendo la misma.

De otro lado, comparando la figura con la cesión de derechos (artículos 1206 al 1217), se advierte también una diferencia sustancial, pues la cesión no es más que una forma de transmisión de las obligaciones, mientras que la novación es un medio extintivo de las mismas. Por la primera lo único que ocurre es la transmisión al cesionario del derecho de exigir

la prestación a cargo del deudor, de manera que tampoco hay dos obligaciones, sino una sola y en ella el acreedor cede el derecho a exigirla. Eso explica el por qué al producirse la cesión, se transmiten también al cesionario los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transferido (artículo 1211).

Volviendo al artículo comentado cabe hacer dos atingencias. La primera en relación al efecto liberatorio que importa la novación subjetiva activa; en este caso, al extinguirse la obligación primitiva, el deudor ya nada debe al acreedor originario; debiendo igualmente precisarse: i) que en puridad este ha renunciado a su crédito, extinguiendo la obligación y dando lugar a un nuevo derecho de crédito a favor de persona distinta; y ii) que, por consiguiente, dicho acto no obedece a un pacto subrogatorio por el cual el antiguo acreedor haya recibido el pago de parte del nuevo acreedor para que luego este tome su lugar; eso sería un simple pago con subrogación (artículo 1261 inc. 1) en el que la obligación sería la misma; lo que no ocurre en el supuesto del artículo 1280.

Y el segundo punto es el relativo a la necesidad de contar con el asentimiento del deudor, de acuerdo a la exigencia del artículo comentado, para que opere la novación por cambio de acreedor. El fundamento de tal exigencia es que, en rigor, la creación de la nueva obligación importa sin duda la celebración de un contrato (el contrato novatorio), de modo que como en todo contrato y acto jurídico en general, se debe contar con la manifestación de voluntad de todos los sujetos intervinientes. No se puede, pues, imponer la nueva obligación al deudor; no es posible obligarlo a tener una relación jurídica con el nuevo acreedor, esto solo es factible si lo acepta, si no, no hay novación. Sostener lo contrario sería contravenir un principio fundamental del Derecho Contractual.

DOCTRINA

MOISSET DE ESPANES, Luis. Curso de Obligaciones, Tomo II. Advocatus, Buenos Aires, 1993; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II. WG Editor, Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino, Tomo III. Buenos Aires, 1947.

Novación subjetiva pasiva por delegación

Artículo 1281.- ***La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor.***

Concordancias:
C.C. arts. 1277, 1282, 1283, 1693, 1772

VLÁDIK ALDEA CORREA

La novación por cambio del deudor, también conocida como novación subjetiva pasiva, puede traducirse jurídicamente de dos maneras: la novación por delegación y la novación por expromisión.

Hay novación por delegación cuando existe el consentimiento común del acreedor, del deudor delegado y del deudor delegante, en celebrar el acto jurídico novatorio por el cual el acreedor libera de la obligación civil al deudor primitivo (delegante), aceptando en su sustitución a un nuevo deudor (delegado). Por su parte, hablamos de la novación por expromisión cuando no existe ese consentimiento común de todos los involucrados, dado que solo existe acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, faltando únicamente la manifestación de voluntad del deudor original.

1. Antecedentes

El Código Civil de 1852 no reguló expresamente la figura jurídica de la novación subjetiva pasiva por delegación, admitiendo en su artículo 2265, en términos genéricos, la novación que incide en el cambio de la persona del deudor "constituyéndose un nuevo deudor por el antiguo". Asimismo, hizo referencia a las novaciones en que se sustituya otro deudor, en sus artículos 2268 y 2269, con lo cual se aprecia la plena validez para operar mediante las novaciones subjetivas pasivas en sus vertientes por delegación y por expromisión.

El Código Civil de 1936 no se detuvo en señalar las modalidades de la novación por cambio de deudor, tan solo trató sus efectos consecuentes. Así, el cuerpo civil de 1936 decía en el artículo 1287 que "en las novaciones en que se sustituya otro deudor, todos los coobligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de responsabilidad". O cuando, tratado el tema de garantías, indica que si el deudor se sustituye, quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior (art. 1289), ratificando que la novación por cambio de deudor puede efectuarse sin consentimiento de este (art. 1291) y, finalmente, cuando regula sobre la cognoscibilidad de la insolvencia del deudor delegado (art. 1288).

Asimismo, es útil indicar que el vigente artículo 1281 del Código Civil de 1984 tiene como fuentes al artículo 1275 del Código Civil francés, artículo 1205 del Código Civil español, artículo 814 del anterior Código Civil argentino de 1869, artículo 1205 del Código Civil cubano, artículo 1531 del Código Civil uruguayo, artículo 395 del Código Civil boliviano y artículo 1694 del Código Civil colombiano.

2. Novación por delegación

El deudor original encuentra la posibilidad de extinguir su obligación con el acreedor, no entregándole un bien sino delegándole a una persona (o más de una) para que lo sustituya en el compromiso de honrar la deuda. Esta figura fue conocida en Roma como la *delegatio,*

cuando por orden del deudor original, un nuevo deudor se obliga ante el acreedor, desligando de la obligación a su delegante.

En la delegación el delegante ordena al delegado para que efectúe el pago al acreedor, pero con la intención de sustituirlo en la obligación, no debiendo confundirse con el mandato, el cual no libera al deudor natural, pues no opera el cambio del obligado, y en donde la voluntad o consentimiento del acreedor se encuentra abiertamente ausente.

Para que exista realmente novación, la sustitución o cambio del deudor debe provocar necesariamente la extinción de la obligación original, por efecto del reemplazo de la obligación antigua por una nueva, la misma que en adelante se entenderá entre el deudor que ocupa el lugar del anterior y el mismo acreedor.

Acorde con la definición de acto jurídico de nuestro sistema civil (manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas), particularmente la novación por delegación es un acto jurídico plurilateral que tiene por propósito extinguir una relación jurídica y a la vez crear una nueva. Esta es la característica principal de la delegación del deudor. Si esta delegación no tiene el carácter extintivo, no es propiamente una novación por delegación, sino tan solo una novación modificativa, pero no extintiva.

La novación subjetiva por delegación, mayormente conocida como "delegación perfecta", supone la extinción del primer nexo creditorio, por sustitución de una nueva obligación. Si no opera la extinción no existirá en propiedad delegación perfecta; así en palabras del maestro José León Barandiarán "dentro de la delegación se conoce la perfecta, en la cual el primitivo deudor queda desobligado (produciéndose así una verdadera novación), y la imperfecta, en la que el primitivo deudor queda también siempre obligado al lado del nuevo deudor, de suerte que no puede hablarse aquí propiamente de una novación verdadera".

Ahora bien, esta manifestación de voluntad de liberar al deudor antiguo debe constar expresamente en el acto novatorio, no puede presumirse esta intención. El artículo 814 del Código Civil argentino apunta que la delegación por la que un deudor da a otro que se obliga hacia al acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo. Requiere la intervención de un delegante, que es el deudor, quien transfiere a otro, que es el delegado, la deuda, y el acreedor acepta este nuevo deudor desligando totalmente de la obligación al deudor primitivo. Si no media esta declaración expresa de voluntad del acreedor, no existe delegación perfecta y, en resumen, no hay novación por cambio de deudor (MOISSET DE ESPANÉS).

El Código Civil vigente no define a la novación por delegación, tan solo recoge una precisión en su artículo 1281, al señalar que para su conformación se requiere el asentimiento del acreedor. Y es que no puede ser de otra manera; para que este acto negocial surta efectos jurídicos contra el titular del crédito, este debe aprobar el cambio del deudor, de lo contrario sería fácilmente burlado en su acreencia al imponérsele en lugar del deudor original un deudor insolvente.

Lo que debería llamarnos la atención respecto de la redacción del artículo 1281, es la aseveración sobre la exigencia del asentimiento del acreedor para que surta efecto la novación por delegación, aseveración que no la encontramos en la regulación de la novación por expromisión. Sin embargo, ello no debe llevar a concluir que en la novación por expromisión deja de ser esencial la voluntad o asentimiento del *creditor,* lo es tan igual como en la delegación y por la misma causa jurídica.

3. La delegación imperfecta y sus efectos

A decir de León Barandiarán, en cuanto a la delegación imperfecta, no tiene por qué ser tratada dentro del instituto de la novación, desde que no se produce propiamente esta última. Se trata entonces simplemente de una nueva obligación, que funciona al lado de la primitiva; es una mera *adpromision*; y ella no ofrece ninguna particularidad que requiera referencia expresa (LEÓN BARANDIARÁN).

Como apreciamos, los efectos jurídicos de la delegación imperfecta son de cuidado, pues genera consecuencias que, en determinadas circunstancias, no pueden ser advertidas o esperadas por las partes, pues produce la existencia de dos deudores por una misma deuda. La denominada delegación imperfecta crea un nuevo vínculo jurídico, sin extinguir el antiguo, por lo tanto no se libera al deudor original y adicionalmente el acreedor recibe uno nuevo en respaldo de la misma deuda. Si bien no está recogido expresamente en las normas civiles, existe una posición casi uniforme en la doctrina y la jurisprudencia que consiste en señalar que para que surta efecto la novación por delegación (en su modalidad de perfecta) se requiere ineludiblemente la expresión de voluntad del acreedor manifestando explícitamente su aceptación de liberar al deudor sustituido. Si no existe una liberación expresa del acreedor, estaríamos hablando de una delegación imperfecta.

En esa misma línea, se puede afirmar que será imperfecta la delegación cuando el acreedor acepta al nuevo deudor sin exonerar al primitivo. En este caso, la obligación del delegado se suma a la del delegante; por lo tanto, el acreedor tendrá en el futuro dos deudores en lugar de uno, cada uno de ellos obligado por vínculos independientes hacia él por el total de la deuda (GOLDENBERG).

En ese mismo sentido, en la doctrina nos encontramos con el denominado "traspaso acumulativo", en donde el acreedor cuenta con dos acreedores, el original al cual no liberó y a un segundo deudor delegado por el primero, todo ello producido jurídicamente por una delegación imperfecta.

En nuestro ordenamiento civil podemos advertir estos casos de traspaso acumulativo en el subarrendamiento, cuando el artículo 1693, prescribe que "tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario". Este es pues un caso de traspaso acumulativo, pues el deudor original no ha sido desvinculado de la contraprestación y más bien ha ingresado un nuevo deudor (el subarrendatario) que no sustituye al primitivo, constituyéndose en una garantía personal adicional para el acreedor. Si por el contrario, el acreedor acepta al subarrendatario liberando al arrendatario original, habrá operado plenamente la novación por delegación perfecta.

Otro caso similar ocurre en el Código Civil con el subcontratista en el contrato de obra, cuando se señala en el artículo 1772, que "la responsabilidad frente al comitente es solidaria entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato", de lo que se deja entrever que no existe liberación del obligado primitivo (el contratista), sumándose en calidad de responsable un nuevo obligado (el subcontratista), vale decir, que nace una nueva relación jurídica obligacional que no tiene por finalidad extinguir la anterior.

4. Razón económica de la novación por delegación

En la práctica es inusual que un tercero quiera sustituir al deudor de una obligación, sin que exista una motivación fuerte. No en vano se afirma que la aparición de figuras jurídicas, como la cesión de derechos, la dación en pago o el pago en subrogación, que a través

de procedimientos más expeditivos tienen efectos similares, restaron utilidad económica a la novación en general y con ello a la delegación en particular.

Existen, pues, Códigos Civiles extranjeros, como el BGB alemán, al cual no se le puede dejar de reconocer su alto rigor jurídico, en donde se ha optado por no regular la novación al considerarla innecesaria, pero dejándola como un negocio atípico que pueden celebrar los sujetos en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad contractual.

Por ello, en nuestro sistema civil la novación por delegación generalmente supone relaciones obligatorias preexistentes entre las partes involucradas, siendo el caso más corriente aquel en que el delegante es acreedor del delegado y deudor del acreedor de la primera obligación y, mediante este acto jurídico, las dos obligaciones se liquidan con un solo pago. De este modo, con una prestación única se obtendrán los mismos resultados jurídicos que si se hicieran sucesivamente del delegado al delegante y de este al acreedor. Como se puede apreciar, desempeña, en este caso, una misión de simplificación, al mismo tiempo que presta una utilidad económica al evitar el transporte del efectivo (GOLDENBERG).

5. Efectos de la insolvencia del deudor delegado

El artículo 1283 establece como regla general que en la novación no se transmiten las garantías de la obligación extinguida a la nueva obligación, salvo pacto en contrario. Esto porque se entiende que con la extinción de la obligación primitiva se liberó al deudor original y, por ende, a sus garantes, marcando una notable diferencia con la cesión de derechos en donde el cesionario también adquiere el derecho sobre las garantías reales o personales y demás privilegios de la obligación existente (artículo 1211), debiendo precisar que en la cesión no se extingue obligación alguna, pues tan solo se transmite a un nuevo titular.

Sin embargo, la regla de no transmisibilidad de las garantías en la novación, tiene una única excepción en el caso de la novación subjetiva pasiva por delegación. En la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, cuando el nuevo deudor que toma el lugar del primitivo resulta ser insolvente y esta condición ha sido anterior y pública. Pero si no ha sido públicamente conocida la insolvencia del nuevo obligado, bastará que el deudor delegante la haya conocido, para que responda por su obligación conjuntamente con sus garantes. De tal forma que el único caso en donde se puede ir contra la intransmisibilidad de las garantías en la novación, lo encontramos exclusivamente en la novación por delegación.

6. Aspectos no regulados sobre la novación subjetiva pasiva

a) Novación por cambio de sujetos mixta

Nuestro Código Civil no ha regulado la novación por cambio de sujetos mixta, vale decir, aquella por la cual se produce el cambio del acreedor y del deudor, a la misma vez. No vemos inconveniente en que se produzca este tipo de acto jurídico novatorio, pues dependiendo de la naturaleza del cambio se le aplicará por separado las reglas de la sustitución del acreedor o del deudor.

Si bien esta forma compleja de novación no ha merecido regulación por parte de nuestro Código nacional, por el principio de la autonomía privada su celebración es perfectamente válida y plenamente eficaz.

b) Novación por delegación parcial

Respecto de los artículos que el Código Civil dispensa a la novación por delegación, en ninguna de ellos se trata sobre la delegación parcial (tanto su modalidad perfecta como imperfecta).

Sobre el particular, somos de la opinión que no existe nada que impida a los particulares acordar la delegación parcial de la deuda, no obstante que algunos considerarían que por la delegación se sustituye la condición del deudor y no a la deuda en sí. Una inapropiada regulación del artículo 1281 nos puede llevar a entender que la novación por delegación consiste en el cambio del deudor, cuando señala que esta requiere "del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido" y, siendo que una persona no puede ser "sustituida parcialmente", sería inválida la delegación parcial. Una lectura en ese sentido sería incorrecta, pues, como se sabe por la novación, se sustituye una obligación por otra (artículo 1277), y que por efecto de ella se puede generar el cambio de deudor (novación subjetiva pasiva). Así, cabe reiterar que la sustitución del deudor no es la novación, es un efecto de la novación por delegación, de tal forma que lo que se sustituye es la obligación, la cual por su naturaleza admite su delegación parcial.

c) Cesión de deuda

El Código tampoco ha previsto la cesión de deuda, la cual a decir verdad tiene poca utilidad práctica, pues consiste sencillamente en trasladar la deuda a un nuevo obligado, sin que se genere el efecto de sustitución de la relación jurídica primitiva, ni la extinción de la obligación, ni la creación de un nuevo vínculo obligacional, razón por la cual algunos ordenamientos civiles la recogen bajo la figura de la asunción de deudas.

DOCTRINA

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; LEON BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, WG Editor, Lima, 1991; GOLDENBERG. Isidoro H. Delegación en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VI, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1984; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Novación (en el Código Civil argentino), en Advocatus N° 6, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, 2002; PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de Droit Civil, Tomo II, París, 1921; SAVIGNY, F.C. Le Droit des Obligations, trad. francesa, Vol. 2, París, 1873; OSTERLING PARODI, Felipe. Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V., Compiladora Delia Revoredo de Debakey, Lima, 1988; BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, Harla, México D.F., 1980; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derechos de las Obligaciones. Cultural Cuzco, Lima, 1988.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

El asentimiento del deudor en la novación subjetiva

(C)uando la Sala Superior, al revocar la apelada, analiza y aplica en el caso concreto la figura de la novación subjetiva por delegación prevista en el artículo 1281 del Código Civil, según el cual se requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor, sustenta su decisión en una norma impertinente, toda vez que la norma especial, esto es, la Ley General de Sociedades, no exige tal aceptación expresa del acreedor de la sociedad transferente, a quien faculta únicamente a ejercer su derecho de oposición en los términos a que se refiere el artículo 383 de la citada ley, razón por la cual la primera causal material denunciada resulta fundada **(Cas. N° 941-2005-Lima).**

Novación subjetiva pasiva por expromisión

Artículo 1282.- *La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo.*

Concordancias:
C.C. arts. 1277, 1281

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Antecedentes

La novación por expromisión no fue recogida por el Código Civil de 1852, fue recién regulada por el Código Civil de 1936 en el artículo 1291, en el cual se decía que: "La novación por cambio de deudor puede efectuarse sin consentimiento de este". Vemos, pues, que la redacción de nuestro actual Código Civil es más concluyente al señalar que esta modalidad de acto jurídico novatorio opera aun contra la voluntad del deudor primitivo y no únicamente, como lo señalaba su antecedente civil, sin su consentimiento.

Al vigente artículo 1282 del Código Civil de 1984, le sirven como fuente el artículo 1274 del Código Civil francés, el artículo 1205 del Código Civil español, el artículo 815 del anterior Código Civil argentino de 1869, artículo 1690 inciso 3 del Código Civil colombiano, el artículo 414 del Código alemán (BGB), pero únicamente como referencia a la asunción de deudas, y el 2052 del Código Civil mexicano cuando se refiere a pagos efectuados por el nuevo deudor.

2. Novación por expromisión

La novación por expromisión no es más que la cesión de derechos al revés. Viene a ser un acto jurídico bilateral celebrado por el acreedor con un tercero, por el cual este último acepta la transmisión de la obligación o deuda de un deudor primitivo, ocupando su lugar, sin el consentimiento del mencionado deudor primitivo e incluso contrato su voluntad. Por efecto de esta novación subjetiva pasiva se libera al antiguo deudor y el nuevo deudor queda obligado ante el acreedor a través de un nuevo vínculo jurídico obligacional.

Como habíamos mencionado en el comentario del artículo 1281, la novación subjetiva pasiva, también denominada como novación por cambio de deudor, se puede dar en dos modalidades, por *delegación* en donde existe un acuerdo de todos los intervinientes en el acto (deudor sustituido, deudor sustituto y acreedor), vale decir, trilateral, y por *expromisión* en donde basta el acuerdo bilateral entre el acreedor y el deudor sustituto, siendo innecesario el concurso del deudor sustituido para que surta efectos.

En la novación *ex promissio* no se requiere de la participación del deudor primitivo, esto la diferencia de la novación por delegación en donde sí se exige su consentimiento. Por el contrario, la voluntad que no puede estar ausente en las dos formas típicas de novación subjetiva pasiva, es la del acreedor, aunque por la redacción del artículo 1281 nos induce erróneamente a juzgar que el asentimiento del acreedor solo pudiera darse en la novación por delegación.

En la versada opinión de José León Barandiarán, las dos figuras de la novación subjetiva pasiva no tienen a la verdad, sino un valor académico. Entre la expromisión y la delegación perfecta la diferencia solo reside en el origen de la asunción de la deuda por el nuevo deudor, consistente en que en la primera directamente el *expromisor* se compromete frente

al acreedor, en tanto que en la segunda el primitivo deudor, el delegante, toma la iniciativa presentando al nuevo deudor, al delegado, ante el acreedor, el delegatario. En sus efectos, entre la expromisión y la delegación perfecta no hay diferencia (LEÓN BARANDIARÁN).

En antecedentes del Derecho Romano, la *ex promissio* consistía en la promesa que espontáneamente efectuaba un tercero frente al acreedor de asumir la deuda de un obligado primitivo, con la condición de darlo por liberado. Y es que, inclusive, desde Roma, al acreedor se le estaba permitido recibir el pago por parte de un tercero, no existiendo impedimento lógico para que se le prohíba recibir a un nuevo deudor que se comprometa por propia iniciativa al pago de la deuda.

3. La falta de consentimiento del deudor sustituido

El artículo 1282 del Código Civil vigente no define la figura jurídica de la novación por expromisión, tan solo se limita a señalar que esta puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo. Y es que la aceptación por parte del acreedor del nuevo deudor, exonerando al deudor precedente, es suficiente para perfeccionar la novación por expromisión, generándose la sustitución de una obligación antigua por una nueva, siendo irrelevante la aprobación o conocimiento del anterior obligado para que este acto novatorio surta efectos jurídicos, pues estos procederán aun contra su expresa negativa, como bien confirma el artículo bajo comentario.

Debemos precisar que en la novación subjetiva pasiva o novación por cambio de la persona del deudor, los efectos que se producen como consecuencia de la sustitución de la obligación original, son similares a los efectos del pago, de tal forma que el acreedor no tiene acción alguna para reclamar al deudor (y sus garantes, de ser el caso) por la obligación extinta, quedando solo latentes aquellas que se deriven del nuevo nexo obligacional con el deudor sustituto.

4. Aspectos no regulados

a) El artículo 1283 permite revivir las acciones contra el deudor antiguo y sus garantes cuando el deudor delegante podría conocer de la insolvencia del deudor delegado, pero esta situación no se puede producir en la novación por expromisión, pues no existe la figura del deudor delegante, dado que es el deudor sustituto quien, a iniciativa propia, acepta desplazar al antiguo. Será bajo riesgo del acreedor el aprobar al nuevo deudor, pues no podrá culpar al primitivo de la insolvencia de aquel (salvo pacto en contrario), ya que el deudor sustituido o delegante no participó en el acto bilateral de la expromisión e, incluso, esta pudo efectuarse abiertamente contra su voluntad.

b) De otro lado, si el acreedor no expresa su voluntad de exonerar de la obligación al deudor primitivo, no habrá operado la novación por expromisión. No existe una expromisión tácita, requiere ser necesariamente expresa por parte del acreedor. Si el nuevo deudor manifiesta su voluntad de reemplazar el lugar del precedente y el acreedor la acepta pero sin desobligar al antiguo, tendrá en realidad dos deudores por relaciones jurídicas distintas. Podemos apreciar que esta situación se asemeja a la delegación imperfecta desarrollada en el comentario del artículo anterior. Ahora bien, la eventualidad de que esta situación ocurra es poco probable, pues existen figuras, principalmente como el pago por subrogación y el reconocimiento de deuda, que cumplen la misma función sin tener que atravesar por los, a veces, complejos mecanismos de la novación.

c) Debemos apuntar que la novación por expromisión es en el fondo un contrato (que extingue y crea una relación jurídica simultáneamente), regido por la libertad de formalidad, por lo que no necesariamente debe constar en escrituras públicas o privadas, como anteriormente lo exigía el Código Civil de 1852. Norma que no recoge el nuevo Código.

d) Nada dice nuestro Código Civil, ni sus antecesores, sobre la posibilidad de que la novación por expromisión pueda quedar sin efecto o ser revocada por los propios sujetos que intervienen en su celebración. Como sabemos, por las reglas generales de los actos jurídicos, esta novación puede quedar sin efecto por el mutuo acuerdo entre el acreedor y el deudor sustituto. En principio, no alentamos la posibilidad por la cual de manera rígida se prohíba la revocación en la novación subjetiva pasiva por expromisión, más bien somos de la opinión que los sujetos intervinientes en la expromisión (acreedor y deudor sustituto) cuenten con las facultades de revocar la misma, pero esta no debería ser oponible al deudor liberado, ello por evidentes razones de equidad y seguridad jurídica. Nuestro sistema civil permite que el acuerdo novatorio produzca efectos en la esfera del deudor primitivo, aunque este no haya participado en su celebración e, incluso, habiendo manifestado su oposición a la expromisión, pero así como se le separa de la deuda sin su consentimiento, de igual manera su revocación no debería tener por efecto revivir la obligación extinta y, por lo mismo, volver a obligarlo.

Si tenemos iguales razones, debemos tener iguales derechos, por ello tampoco debería ser oponible al deudor liberado, cuando la novación por expromisión quede sin efecto por la resolución, la rescisión, la reversión, la anulabilidad o la nulidad por causales atribuibles exclusivamente a las propias partes intervinientes en la expromisión.

e) Finalmente, debemos señalar que nuestro ordenamiento civil no recoge en su articulado las figuras de la novación mixta con expromisión, ni la expromisión parcial, las cuales estarían permitidas en tanto que resulten ser actos jurídicos no afectados con ilicitud.

DOCTRINA

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, WG Editor, Lima, 1991; GOLDENBERG. Isidoro H. Expromisión en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XI, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1984; MOISSET DE ESPANES, Luis. La Novación (en el Código Civil argentino), en Advocatus N° 6, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, 2002. PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de Droit Civil, Tomo II, París, 1921; OSTERLING PARODI, Felipe. Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V., compiladora Delia Revoredo de Debakey, Lima, 1988; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derechos de las Obligaciones. Cultural Cuzco, Lima, 1988; PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, Trad. José Ferrández González, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1988.

Intrasmisibilidad de las garantías a la nueva obligación

Artículo 1283.- ***En la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.***

Sin embargo, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda.

Concordancias:
C.C. arts. 1277, 1278, 1280, 1281, 1282

MANUEL MURO ROJO

La norma del artículo 1283 del Código Civil, junto con la contenida en el artículo 1277, es probablemente la más importante disposición en materia de novación, pues tanto aquella como esta se ocupan de los efectos esenciales que produce la referida figura jurídica.

Al respecto, es pertinente precisar que la doctrina distingue entre efectos esenciales y efectos accidentales de la novación. En el artículo 1277 se halla implícito el primer efecto esencial, cual es la extinción de la obligación original ("por la novación se sustituye una obligación por otra"); y en el artículo 1283 se regula el segundo efecto esencial, que es la extinción de las garantías.

Es valor entendido que cuando la obligación novada se extingue lo hace junto con sus accesorios. Sobre este particular, el artículo 803 del Código Civil argentino hace una distinción expresando que la novación extingue la obligación principal con sus **accesorios** y las **obligaciones accesorias.** Según Moisset de Espanés, los primeros son los derechos accesorios del acreedor, o sea las garantías reales (hipoteca y prenda), y las segundas son la cláusula penal y las garantías personales (fianza). Disiente de esta opinión Salvat, afirmando que los accesorios aluden a los privilegios y a los intereses debidos, mientras que las obligaciones accesorias son las derivadas de la existencia de una cláusula penal, una fianza, una prenda o una hipoteca (vid. MOISSET, p. 233; OSTERLING y CASTILLO, p. 482 nota 3 a pie).

Al margen de estas opiniones divergentes, la referida distinción entre accesorios y obligaciones accesorias aparece como sutil e innecesaria, y carece de implicancia práctica en el Derecho peruano, pues el artículo 1283 bajo comentario se refiere a las garantías (y no, en genérico, a los accesorios), empero cabe advertir que el término "garantías" debe ser entendido en ancho significado a efectos de comprender también en este vocablo a la cláusula penal, que no es en estricto una garantía, pero sí un elemento accesorio de la obligación y, como tal, ha de extinguirse en caso que esta última a su turno se extinga por novación.

El fundamento del precepto 1283 es incuestionable; pues, si por la novación se extingue la obligación original, es coherente que dicha extinción determine también la de sus accesorios, ya que aquí opera el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (vid. OSTERLING y CASTILLO, pp. 481-482).

A pesar de que la doctrina es por lo general de este parecer, el Código peruano de 1936 contenía una regla distinta; así, la segunda parte del artículo 1287 establecía que cuando la novación era activa (por cambio de acreedor), se transmitían al nuevo acreedor "todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior". León Barandiarán (p. 471) comenta que esta disposición era opuesta a la regla general de que la novación extingue los accesorios de la obligación primitiva, y que es una regla excepcional

incluida en muy pocos Códigos (Guatemala, artículo 2344 y Bolivia, artículo 870), siendo la extinción de las garantías la nota de diferenciación entre la novación y la cesión de créditos (léase cesión de derechos) en la cual se transmiten de pleno derecho todos los accesorios, privilegios y garantías (vid. artículo 1211 del Código de 1984).

En este sentido, concluye el autor citado, la regla debería ser precisamente la contraria; como en efecto sí lo era para el caso de la novación por cambio de deudor (artículo 1289 del Código de 1936). Por lo demás, esta es la solución acogida como regla general por el artículo 1283 del Código vigente, que en su primer párrafo unifica el régimen de transmisibilidad de las garantías en caso de novación, estableciendo, en armonía con lo expuesto, que en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario; precepto que es aplicable a cualquier clase de novación, sea activa o pasiva; con la excepción descrita en el segundo párrafo de la misma norma, que se verá más adelante.

Con respecto a la parte dinámica del artículo 1283, esto es, para efecto de su aplicación, es importante tener en consideración todos los supuestos posibles, todas las combinaciones que pudieran presentarse en atención a las diversas clases de novación que existen (por cambio de acreedor o por cambio de deudor, y en este caso por delegación o expromisión), así como cada tipo de garantía involucrada (garantías reales –hipoteca, prenda, etc.– o garantías personales –fianza, etc.–); y además si estas han sido constituidas por el propio deudor o por terceros, o sobre bienes de estos o de aquel.

Sobre el particular Osterling y Castillo (p. 483) describen hasta doce supuestos, en los cuales se aprecia que la intransmisibilidad de las garantías se funda en la regla general del primer párrafo del artículo 1283 cuando se trata de gravámenes constituidos por el deudor o sobre bienes de este; mientras que cuando se trata de gravámenes constituidos por terceros o sobre bienes de estos, el sustento de la intransmisibilidad no solo es la misma disposición, sino además el principio *res inter alios acta* consagrado en el artículo 1363 del Código nacional vigente y según el cual los contratos (y en este caso el contrato novatorio) producen efectos únicamente entre las partes que los celebran y sus herederos salvo en cuanto a estos si son derechos intransmisibles; de modo que cualquier tercero que no participa en la novación no tiene por qué asumir la calidad de garante en la nueva obligación creada a consecuencia de dicho acto.

No obstante, los autores citados reconocen que en algunos supuestos la intransmisibilidad de las garantías carece de lógica y hubiera sido más aconsejable establecer la transmisión de las mismas; por ejemplo, en el caso de novación objetiva con garantía real otorgada por el propio deudor o de novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real otorgada igualmente por el propio deudor.

En todo caso, la parte final del primer párrafo del artículo 1283 admite pacto en contrario, de manera que las partes podrían convenir que las garantías de la obligación que se extingue por novación se trasladen a la nueva obligación, debiendo contar asimismo, cuando es el caso, con el asentimiento del tercero garante.

Por último, el segundo párrafo del artículo bajo comentario establece, como excepción, que la transmisibilidad de las garantías sí opera en un único supuesto: en la novación por delegación, pero solo cuando la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida por el deudor al delegar su deuda; en cuyo caso el deudor primitivo y el garante responden por la nueva obligación. Para esta excepción, la norma no admite el pacto en contrario.

DOCTRINA

MOISSET DE ESPANES, Luis. Curso de Obligaciones, Tomo II. Advocatus, Córdoba, 1993; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II. WG Editor, Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino, Tomo III. Buenos Aires, 1947.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Por la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida

(E)n cuanto a la denuncia por inaplicación del artículo 1283 del Código Civil, que regula la intrasmisibilidad de las garantías a la nueva obligación, esto es, que por la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, debe puntualizarse que la misma se trata de una disposición de carácter general que no solo admite pacto en contrario sino que, además, resulta inoperante cuando la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior o pública, o conocida del deudor al delegar su deuda. La Ley General de Sociedades no establece en el Título referido a la escisión, si procede o no la transmisión al nuevo deudor de las garantías otorgadas por terceros a favor del deudor primigenio, en consecuencia, el artículo 1283 del Código Civil resultaría aplicable en el análisis supletoriamente ***(Cas. N° 941-2005-Lima).***

Novación en la obligación sujeta a condición suspensiva

Artículo 1284.- *Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, solo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.*

Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura.

Concordancias:
C.C. art. 173

Novación en la obligación sujeta a condición resolutoria

Artículo 1285.- *Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.*

Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura.

Concordancias:
C.C. art. 173

MANUEL MURO ROJO

Los artículos 1284 y 1285 del Código Civil regulan dos casos especiales que eventualmente podrían presentarse en la novación, consistentes en la circunstancia de que la antigua o la nueva obligación estén sujetas a condición suspensiva o a condición resolutoria.

Las reglas aplicables a estos supuestos han sido notablemente mejoradas en el Código actual, que distingue el régimen concerniente a cada tipo de condición en particular (suspensiva y resolutoria); a diferencia del tratamiento que le brindaba al tema el Código de 1936, en el que aparecía una única regla redactada en forma general y que, por consiguiente, incluía a ambos tipos de condiciones sin considerar que los efectos de ambas son evidentemente distintos. Así, el artículo 1293 del Código derogado establecía que "cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario".

Como se sabe, el régimen legal de la condición se encuentra ya establecido en los artículos 171 al 177 del Código Civil, por lo que tal vez podría afirmarse que esta normatividad hubiera bastado para –remitiéndose a ella– regular lo que pasaría en las situaciones particulares descritas en los artículos 1284 y 1285 materia de comentario. O, como decía León Barandiarán (p. 504), "la regla (se refiere al artículo 1293 del Código de 1936) fluye naturalmente del carácter de las condiciones y la disciplina legal que le es propia. Resulta así superflua. Son contados los Códigos que tienen preceptos como el consignado: [el anterior Código Civil de] Argentina [de 1869] (arts. 807 y 808), Chile (art. 1633), Méjico (art. 2216)".

Sin embargo, creemos que es atendible la regulación expresa de los supuestos referidos en los numerales 1284 y 1285, debido a una razón: a que en estos se admite el pacto en contrario, y esa posibilidad no fluye directa ni indirectamente de las normas de los artículos 171 a 177 del Código Civil.

Así, pues, el artículo 1284 del Código vigente indica que si la obligación original es pura y se convierte en una sujeta a condición suspensiva, la novación solo se produce si dicha condición se cumple. Por ejemplo, la primitiva obligación consiste en que "A" le vende a "B" un

automóvil a un precio determinado; y luego las partes novan esta obligación acordando que "A" venderá a "B" un inmueble y ya no el automóvil, pero bajo la condición suspensiva de que "B" no se gane la lotería del domingo siguiente. Si en efecto "B" no se gana la lotería, la condición se habrá cumplido, por lo tanto, operará la novación y la nueva obligación (venta de la casa) será plenamente eficaz. Si "B" se gana la lotería, la condición no se habrá cumplido (ya que el pacto condicional era que no se la gane), en cuyo caso no se producirá novación alguna y continuará subsistiendo entre las partes la obligación primitiva pura (venta del automóvil), la misma que en ese caso será exigible.

Esta solución es plausible y se desprende de la propia lógica de la condición suspensiva, ya que mientras no se cumpla esta (que forma parte de la nueva obligación), no podría todavía darse el efecto extintivo respecto de la obligación original; pues, en caso contrario, la relación entre las partes podría eventualmente quedar reducida a la nada. Y justamente esto es lo que podría pasar cuando la norma admite la posibilidad del pacto en contrario que, como se dijo, es lo que hace relevante la regulación del artículo 1284. Dicho pacto en contrario consistiría en que las partes convengan que la novación se produzca de todas maneras, independientemente de la suerte que correrá la condición suspensiva incluida en la nueva obligación; lo que equivale a decir que las partes dan por extinguida la obligación primitiva y quedan ligadas suspensivamente por la nueva obligación; empero si la condición no se cumple, no solo la nueva obligación es ineficaz para siempre, sino que ya no pueden invocar el vínculo anterior por haberse extinguido: en resumen, no habría más obligación exigible entre las partes.

El segundo párrafo del artículo 1284 se pone en la situación inversa, o sea que la obligación original esté sujeta a condición suspensiva y la nueva sea una obligación pura; señalando que en este supuesto regirá la misma regla antes explicada, es decir que no habrá novación mientras no se cumpla la condición, de modo que durante el periodo de pendencia la obligación original no se extingue; y a su turno, la nueva no nace. Según Osterling y Castillo (pp. 508-509) no hay razón para que en este caso no opere la novación, ya que las partes estarían variando algo incierto por algo cierto, por lo que la norma debería reformarse dando una solución inversa a la del primer párrafo del artículo 1284; claro está que a lo mismo se puede llegar con el pacto en contrario, que también se admite en este caso.

Por otra parte, el artículo 1285 dispone que si la obligación original es pura y se convierte en una sujeta a condición resolutoria, opera la novación. En esta hipótesis se advierte que la solución es inversa al supuesto del artículo 1284 (cuando la condición es suspensiva). La razón, explican Osterling y Castillo (p. 513, nota a pie) es que "las obligaciones sujetas a condición resolutoria no solo existen (...) sino que tienen eficacia plena hasta que se cumple la condición, lo que no sucede con las obligaciones sujetas a condición suspensiva"; por lo que los derechos derivados de la nueva obligación son derechos ciertos, independientemente de la suerte que luego pueda correr la obligación si la condición resolutoria se cumple o no; de modo que es atendible que la novación se dé, extinguiéndose la obligación primitiva y rigiendo inmediatamente la nueva. Idéntica solución se da si, conforme al segundo párrafo del artículo 1285, la obligación original es la que está sujeta a condición resolutoria y la nueva es pura. En ambos casos cabe el pacto en contrario.

DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. II. WG Editor, Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo VIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino, Tomo III. Buenos Aires, 1947.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Se aplican las condiciones negociales en los supuestos de novación

La condición a que hacen referencia los artículos 1284 y 1285 del Código Civil, es aquella modalidad del acto jurídico que regulan los artículos 171 a 177 del Código Civil, que constituye en doctrina elementos accidentales que son ajenos al acto jurídico pero que, incorporados a este, por voluntad de las partes, alteran los efectos del mismo; siendo la condición suspensiva aquella en que los efectos del acto dependen de la realización del evento puesto como condición. Mientras que la resolutoria es aquella en que los efectos del acto cesan al verificarse el hecho puesto como condición (Cas. N° 2888-2003-Lima).

Nulidad y anulabilidad de la obligación primitiva. Consecuencias

Artículo 1286.- ***Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.***
Si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

Concordancias:
C.C. arts. 219, 221, 230, 231, 232, 1301, 1308

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE(*)

El artículo 1286 del Código Civil peruano de 1984 se ocupa del tema de la nulidad y anulabilidad de la obligación primitiva en la novación. Sin embargo, nuestro análisis del tema no se circunscribirá a los supuestos contemplados en el referido dispositivo, a cuyo efecto hemos optado por analizar la norma bajo comentario de acuerdo al siguiente orden.

1. El caso de la novación de una obligación nula

Concordamos plenamente con la solución que otorga la citada norma al supuesto en que la obligación primitiva fuese nula, ya que la nulidad equivale a que ella nunca surgió para el Derecho y a la imposibilidad de origen de que surtiera efecto alguno; en suma, a su invalidez plena de origen. En tal sentido, una obligación nula, vale decir, que nunca ha surgido para el Derecho, no podría ser variada por otra nueva que la sustituya. La obligación nueva, de crearse, no tendría como finalidad sustituir a la anterior, por la sencilla razón de que no habría nada que sustituir.

Sin embargo, el lector debe reparar en que el supuesto del primer párrafo del artículo 1286, cuando en él se establece que no existe novación, se refiere a la hipótesis de que las partes hayan querido sustituir la obligación primitiva por una nueva, vale decir, que en el actuar de las mismas haya habido *animus novandi*.

Distinto sería el caso en que las mismas partes que crearon la obligación primigenia (que era nula) se pusieran de acuerdo para crear una nueva obligación, sin ánimo de sustituir a la anterior. En este supuesto es obvio que no habría novación. Solo se crearía una nueva obligación, allí donde no había obligación alguna. En tal hipótesis no ocurre que las partes hubieran deseado cambiar algo por nada; simplemente estarían dando nacimiento a una nueva relación jurídica que no tendría por función sustituir a alguna otra, sino solo obligar a las partes entre sí.

Dentro de nuestra línea de pensamiento se encuentra el parecer de Levenhagen (p. 148), quien, al referirse al requisito de la existencia de la obligación anterior que pasa a ser extinguida con la constitución de la nueva, la cual viene a sustituirla, señala que –justamente por incluir una sustitución– evidentemente no puede haber novación de obligación nula, pues sería lo mismo que dar validez a este tipo de obligaciones, lo que expresamente está vedado por la ley.

Sin embargo, no toda la doctrina consultada es del mismo parecer, pues hay autores que consideran que cabría la eventualidad de novar una obligación nula.

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

A decir de Alfredo Colmo (pp. 518 y 519), puede darse el supuesto de que la novación haya sido hecha con noticia de la nulidad (es decir, cuando ambas partes conocían de la existencia del vicio), y hasta por el único individuo que podía pedirla; y, de acuerdo con las expresiones de Colmo, no solo cabría ver, según las circunstancias, una renuncia al pedido de tal nulidad, sino también una confirmación del acto, la que, como es sabido, puede ser tácita.

Para Alfredo Colmo está claro que todo será asunto de prueba, y quien pretenda que no hay novación, tendrá que demostrar la nulidad de la obligación novada. Así –dice Colmo–, quien sostenga que hay novación deberá acreditar, o la renuncia a la acción de nulidad o la confirmación del acto nulo. En principio, según Colmo, la nulidad, que es una medida tan rigurosa (sobre todo si se quiere hacerla jugar retroactivamente y aun contra terceros), no se presume, y por eso quien la invoque debe empezar por demostrarla sin dejar lugar a duda alguna.

2. El caso de la novación de una obligación anulable

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

Coincidimos plenamente con lo anotado por Laurent, pues debe tenerse en cuenta que una obligación anulable no es nula, sino válida; y que solo sería nula en el supuesto en que se recurriera a los tribunales para tal efecto y se anulara, es decir, se declarara nula, declaración que de acuerdo a lo establecido por el artículo 222 del Código Civil peruano, se retrotrae al momento de su celebración, lo que equivale a considerar que siempre fue nula.

Pero no olvidemos que el acto anulable, en tanto no suceda alguna de las vicisitudes anotadas, es un acto válido. Como lo califica la doctrina, puede ser considerado un acto de validez actual y de invalidez pendiente, pudiendo darse el caso que jamás se anule, con lo que siempre conservaría su validez.

Ello ocurriría si el acto nunca se llegara a anular dentro del plazo prescriptorio de dicha acción, el mismo que es de dos años, de acuerdo con lo establecido por el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil peruano; o si planteada la acción de cumplimiento, el demandado no deduce la excepción de prescripción; o, por último, si más bien el acto se confirma por el agente que incurrió en la causal de anulabilidad.

En estos casos, dicho acto sería tan válido como cualquier otro, razón por la cual, si se produjese la novación de una de las obligaciones surgidas del mismo, esta tendría validez plena.

Ahora bien, el Código Civil establece en su artículo 1286, que dicha validez dependerá de si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

Consideramos, sin embargo, que si el deudor no conociera la existencia del vicio, si bien en principio no tendría validez la novación, debería considerarse a dicha nueva obligación como válida, si es que ya hubiera vencido el plazo prescriptorio de la acción de anulabilidad del acto jurídico, a la que hemos hecho referencia.

Sobre este tema, estimamos que no existen mayores problemas conceptuales, ya que –se trate de uno u otro supuesto– habrá que ceñirse a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1286 del Código Civil.

Dice François Laurent (pp. 265 y ss.) que, a diferencia de la obligación inexistente o nula, la obligación anulable existe, el acreedor tiene una acción y la obligación produce todos sus

efectos hasta que el deudor haya obtenido su anulación; y, además, si no se pide la anulación, se confirma la obligación nula y se vuelve plenamente válida, como si nunca hubiese estado contaminada por un vicio; de esto se deduce que se puede novar la obligación.

Pero Laurent se pregunta en qué se convertirá la novación si se anula la primera obligación, y señala que se supone que la obligación anulada no existió nunca, que entonces no hubo obligación primera, y que sin duda es imposible la novación.

Según Laurent, la aplicación de estos principios presenta una dificultad; la novación implica una renuncia, el acreedor renuncia a la primera obligación por medio de una nueva deuda; y en cuanto al deudor que acepta novar una deuda anulable, se pregunta si no renuncia él a valerse de la nulidad que contaminó a la primera obligación. Refiere Laurent que, en este caso, la novación sería entonces una confirmación y nada impide a las partes interesadas confirmar una obligación nula.

Cuando la novación es objetiva –añade Laurent–, estos principios se aplican sin dificultad; el deudor sigue siendo el mismo, y al contraer una nueva obligación sustituta de la primera, él confirma esta, por supuesto siempre y cuando las condiciones requeridas para la confirmación existan. Es preciso que el deudor sepa del vicio y que tenga la intención de repararlo; es preciso aun que se haga la confirmación en un momento en que se podía eliminar el vicio por este medio; y agrega que el artículo 1338 del Código francés está muy mal redactado porque parece confundir el acto confirmativo con la confirmación.

Señala Laurent que no es preciso un escrito para la validez de la confirmación, pero si se redacta un escrito, se debe hacer en las formas prescritas por la ley. Laurent se pregunta si se deberían observar estas formas para la confirmación que se hace con la forma de novación, a lo que responde que el artículo 1338 es aplicable solo cuando las partes actúen teniendo por objeto principal y único el confirmar una obligación nula, mientras que cuando hacen la novación, tienen por objeto sustituir una deuda anterior que se extinguió, por una nueva deuda. De esta forma, la novación implica confirmación, es una confirmación tácita; lo que excluye la aplicación del artículo 1338 con respecto a las formas del acto confirmativo.

Considera el renombrado exégeta belga que la decisión sería la misma si se hiciera la novación por medio de la sustitución de un nuevo acreedor: el deudor sigue siendo el mismo, y se supone que él confirma la primera obligación sustituyéndola por una nueva obligación. Cuando la novación se hace por la sustitución de un nuevo deudor, la aplicación de los principios explicados sufre cierta duda; la mayoría de los autores enseñan que la novación será válida con tal que el nuevo deudor haya sabido en el momento del convenio, de los vicios que anularon la primera obligación, es decir, que el nuevo deudor confirma a la antigua deuda al novarla. Sin embargo, la confirmación supone que el que confirma tenía el derecho de obrar con nulidad, pues confirmar es simplemente renunciar a la acción de nulidad y solo el deudor tiene este derecho. En principio, esto sería indudable, pues un tercero no puede demandar la nulidad de la obligación donde él no fue parte y entonces él no la puede confirmar.

Para Laurent queda por saber si el nuevo deudor es un tercero. Al respecto, señala que se puede sostener que el deudor que hace la novación debe ser asimilado en la fianza, de acuerdo con la cual, según el artículo 2012 del Código Napoleón, puede invocar ciertas causas de nulidad. En consecuencia, si el deudor que nova puede demandar la nulidad, la cuestión de novación se resuelve incluso por esto mismo: aquel que puede obrar en nulidad también puede confirmar, y entonces puede confirmar novando.

No obstante ello, el ilustre profesor hace bien en subrayar el tema, dado que pareciera que el precepto bajo comentario está pensado en función de un supuesto de novación objetiva.

Sin embargo, nada impediría que se produjese una novación subjetiva, ya sea por cambio de acreedor o por cambio de deudor (en cualquiera de sus dos modalidades), con las reservas que impondrían las circunstancias de que quien entra a formar parte de esa nueva obligación conozca o no la causal que eventualmente podría originar la anulación del acto (HUC, pp. 140 y 141).

3. Eventual carácter aleatorio de la novación de una obligación anulable

Afirman los Mazeaud (p. 463) que la novación no produce efecto, y, por consiguiente, la primera obligación no se extingue, en tanto que la nueva obligación no llegue a nacer. Se precisa, pues, que la obligación creada sea válida. Sin embargo, los autores discuten acerca de la validez de la novación cuando las partes tengan conocimiento de la nulidad relativa de la nueva obligación. Al respecto, expresan los Mazeaud que un sector de la doctrina estima que la novación tendría entonces un carácter aleatorio, pero sería válida, y recuerdan que la Corte de Casación Francesa no parece establecer distinción alguna, según las partes tengan conocimiento o no de la nulidad relativa, pues en todos los casos se pronuncia por la nulidad de la novación.

Para Théophile Huc (pp. 141 y 142), en el supuesto de que las partes se encontraran ante una obligación anulable y estuviesen considerando o evaluando las oportunidades de anulación que la amenazan, habiendo dejado constancia de tales consideraciones en el acto novatorio, entonces, de conformidad con la propia voluntad de las partes contratantes, la novación tendría carácter aleatorio y seguiría siendo válida, aun cuando se anulara más tarde la obligación; sin embargo, todas estas soluciones se derivan de aplicar los principios generales y no las normas particulares de la novación.

En opinión nuestra, el eventual carácter aleatorio de la novación de una obligación anulable dependerá de si se trata de una novación objetiva o subjetiva.

En el caso de la novación objetiva, al ser las mismas partes las que han creado la obligación primigenia y han recurrido a novarla, se produciría un supuesto de confirmación del acto anulable, razón por la cual el acto novatorio no tendría –en lo absoluto– rasgos de aleatoriedad.

Distinto sería el caso de una novación subjetiva por cambio de acreedor o de deudor, en la medida en que la parte de la obligación originaria que tenía derecho a anular el acto no participe de la creación de la nueva obligación. Este supuesto no podría presentarse en el caso de la novación subjetiva por cambio de acreedor, ya que en ella se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor (argumento del artículo 1280 del Código Civil); así como tampoco en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, la misma que exige, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor (argumento del artículo 1282).

En cambio, sí se podría presentar en el supuesto de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, la misma que, como sabemos, puede efectuarse no solo contra la voluntad del deudor primitivo (argumento del artículo 1282 del Código Civil), sino también con desconocimiento de dicho deudor.

4. El caso de la novación de una obligación natural

El tema de la novación de una obligación natural por una obligación civil no siempre ha estado claro en doctrina.

En tal sentido, estima Laurent (pp. 266 y ss.) que resulta conveniente citar una opinión que prueba cuánta incertidumbre hubo en esta materia: Marcadé dijo que la novación es válida desde que el nuevo deudor obra con conocimiento de causa; él sabe que la deuda es anulable; pero, sin embargo, una deuda anulable vale como obligación natural y una obligación natural puede ser objeto de novación.

Refiere Laurent que, suponiendo que se pueda novar una deuda natural, faltaría saber si una deuda anulable es una deuda natural; interrogante que contesta negativamente, porque la deuda anulable es una obligación civil y, como tal, válida en tanto no se pronuncie su nulidad. Entonces se pregunta Laurent si se dirá que una obligación civil es una obligación natural, y responde que, si se anula la obligación, se supone –jurídicamente hablando– que nunca existió, por lo que queda claro que la nada no es una deuda natural, e incluso puede llegarse a novar una obligación anulable, en tanto no se haya declarado su nulidad.

Resulta importante, por lo demás, precisar que no habrá problema alguno –tal como lo manifestamos oportunamente– en novar una obligación natural por otra (claro está, de carácter civil). Al fin y al cabo, se trata del cambio de una obligación por otra distinta, ya que la obligación natural no deja de ser obligación, con la única restricción de que pierde el rasgo de exigibilidad.

DOCTRINA

COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; HUC, Théophile. Commentaire Theórique et Pratique du Code Civil, Tomo VIII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVIII. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentários Didáticos. Direito das Obrigaçoes, Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.

Nulidad y anulabilidad de la nueva obligación. Consecuencias

Artículo 1287.- ***Si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros.***

Concordancias:
C.C. arts. 219, 221

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre (*)

Entendemos que este tema debe analizarse separando los supuestos contemplados por el artículo 1287 del Código Civil peruano.

1. En primer lugar, el Código establece que si la nueva obligación se declarase nula, la primitiva obligación "revive"

Como enseña Laurent (pp. 268 y 269), cuando la segunda obligación es inexistente, no hay novación. La cuestión se puede presentar cuando la segunda obligación tiene una causa ilícita, o cuando el deudor no la consintió.

Recuerda Laurent que la Corte de Poitiers aplicó este principio en un caso en que, al parecer de Laurent, la nueva obligación no era inexistente, pues había sido suscrita por una persona que más tarde fue incapacitada, en una época en que las causas de inhabilitación existían notoriamente. La sentencia dice que esta obligación está azotada por una nulidad radical, por la falta de un consentimiento válido, lo que no es exacto. Precisa Laurent que la ausencia del consentimiento determina que la obligación sea inexistente y se pregunta cuándo se podrá decir que el deudor alienado no consiente y cuándo se prueba que él se encuentra en estado de alienación mental en el momento en que suscribió el convenio. En el caso simplemente se atacaba el acto como si se hubiese hecho en una época en la que existía notoriamente la causa de inhabilitación, pero no por ausencia de consentimiento. Entonces se trataba de una obligación simplemente anulable, y una obligación similar, en principio, puede ser novada.

Para los Mazeaud (p. 463) debe ser válida la obligación nueva, porque una obligación atacada de nulidad absoluta no podría constituir objeto de una novación, ya que no habría creación de una nueva obligación.

Colmo (p. 520) por su parte afirma que si la nueva obligación es nula, por aplicación de lo dispuesto en la ley, la novación no se habrá producido, y la anterior obligación seguirá subsistiendo.

El supuesto del artículo 1287 del Código Civil es que la obligación originaria fuese válida y que se le novara por una obligación que adoleciera de vicio de nulidad absoluta. En tal caso, siguiendo con el razonamiento que aducimos al referirnos al artículo 1286 del Código Civil, diríamos que se pretendería cambiar algo por nada, razón por la cual se entiende que no se habría producido novación alguna.

Sin embargo, no es, como señala el Código, que la obligación primigenia *reviva*, sino que más bien *nunca murió*, ya que la segunda obligación, al ser nula, no fue capaz de *matarla* y de operar una novación, razón por la cual el empleo del término *revive* podría prestarse a confusiones.

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

Consideramos necesario precisar que la palabra *revive* empleada por el Código Civil es una de uso común, mas no técnico, razón por la cual creemos hubiese sido conveniente usar la expresión *seguirá surtiendo sus efectos*, pues de ello trata justamente el problema.

2. Luego, el Código prescribe que si la nueva obligación se anulase, la primitiva obligación "revive"

Según Laurent (pp. 269 y ss.), si existe una obligación anulable, entonces hay novación; pues si no se pide la nulidad de la segunda obligación, no hay ninguna duda de que será plenamente válida, así como la novación.

Sin embargo, Laurent se pregunta en qué se convierte la novación cuando se anula la nueva obligación, y también se pregunta si es necesario aplicar el principio por el cual se supone que el acto anulado nunca existió, lo que implicaría la nulidad de la novación. Estima el citado jurista que la pregunta presenta serias dificultades; los mejores autores dudan en esto y Aubry y Rau, en una última edición de su obra, abandonaron la opinión que habían enseñado en sus ediciones anteriores, siéndoles preciso distinguir las diversas especies de novación.

Según Alfredo Colmo (p. 520), si la obligación es anulable, la novación lo será también y en los mismos términos; de ahí que mientras no se declare esa nulidad, la novación subsista.

Por nuestra parte, consideramos necesario formular ciertas precisiones.

Si la segunda obligación fuese anulable, sí habría operado novación, ya que la obligación anulable no es nula, sino actualmente válida y solo sufre de una invalidez pendiente. Lo que ocurre –y ahí apunta el precepto bajo comentario– es que dicha segunda obligación, anulable, sea declarada nula. Ante tal supuesto, al ya no existir para el Derecho ninguna segunda obligación, es que la ley determina que la primigenia obligación *revive*. En este caso sí estaría bien empleado el término *revive* (aunque no es una expresión propia del Derecho de Obligaciones), ya que al ser inicialmente válida, la obligación anulable en un momento *mató* a la obligación primigenia, la que *revivirá* si es que la segunda obligación es anulada judicialmente.

Para concluir, debemos señalar que el artículo 1287 del Código peruano agrega, en su parte final, que a pesar de que *reviva* la obligación primigenia, el acreedor no podría valerse de las garantías prestadas por terceros. De esto último se infiere que el acreedor sí podría valerse de las garantías otorgadas por el propio deudor.

En consecuencia, una vez producida la novación, el tercero ex garante se desentendería de la nueva obligación (la que no está garantizando), pues resultaría injusto que dicho tercero estuviera permanentemente sometido a lo que ocurra en el futuro con la nueva obligación (por ejemplo, que se declare nula), como también resultaría injusto que, si la anterior obligación recobra sus efectos, porque la nueva se anula, se obligue al ex garante a continuar garantizando dicha obligación. El Derecho entiende que su relación con el deudor terminó al producirse la novación, aunque después la nueva obligación se declare nula o sea anulada, ya que en ella no intervino el garante.

DOCTRINA

COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; HUC, Théophile. Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil, Tomo VIII. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897; LAURENT, François. Principes de Droit Civil français, Tomo XVIII. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893; LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Código Civil, Comentários Didáticos. Direito das Obrigaçoes, Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.

TÍTULO IV
COMPENSACIÓN

Definición

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.*

Concordancias:
C.C. art. 1289; C.T. arts. 27 inc. b), 40; C. de C. art. 567; LEY 26702 arts. 132 inc. 11), 155; D.S. 001-97-TR art. 57

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. La compensación: concepto y función. Los tipos de compensación

En términos generales la compensación es un instrumento que permite la elisión (supresión) de dos recíprocas posiciones creditorias hasta el límite de su concurrencia, evitando una inútil prestación dirigida al cumplimiento por parte de dos sujetos, cada uno de los cuales es contemporáneamente acreedor del otro. Se desea evitar de la manera más simple y económica un doble pago (INZITARI, p. 467). En otros términos, si el deudor tiene a su vez un crédito contra el acreedor, es posible la extinción recíproca de ambos créditos por compensación (ENNECCERUS, p. 337).

Desde el punto de vista estrictamente referido a la eficacia, la compensación, en nuestro ordenamiento, podría ser visualizada como un medio extintivo-liberatorio de obligaciones, total o parcial, que tiene carácter satisfactivo y en el que cada uno de los sujetos asumen simultáneamente la posición de deudor y acreedor de manera recíproca en diversas relaciones obligacionales. Se trata, como se ha manifestado, de un modo de extinción de las obligaciones que encuentra lugar cuando dos personas tienen relaciones de crédito y de débito en dirección inversa, siendo la una acreedora de la otra y, al mismo tiempo, su deudora.

Aquello que se manifiesta a través de la compensación sería el ejercicio facultativo de un derecho durante el desenvolvimiento de la relación obligacional con el propósito de neutralizar la pretensión ajena a una prestación a través de la renuncia de la propia pretensión a otra prestación equivalente.

La compensación se hace operativa mediante el *ejercicio de un derecho potestativo* tal y como se observa nítidamente en los casos de compensación unilateral, que concreta la denominada compensación legal, es decir, aquella prevista y regulada por una determinada *fattispecie* como se tiene en el artículo 1288 C.C.; pero también puede ser ella directamente derivada de un acuerdo extintivo anterior o posterior de efectos obligacionales lo que, utilizando la definición del artículo 1351 C.C., permitiría ubicar tal hipótesis en el fenómeno contractual, haciéndose alusión a la compensación "voluntaria". Así se puede advertir la ambigüedad en que se incurre cuando se señala que 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, agregándose que, en el primer caso, la compensación opera a instancia de parte; esto es, sin que se requiera del asentimiento de

la contraparte, vale decir, apoyándose en lo dispuesto por la ley. En tanto que en el segundo caso, tratándose de la compensación convencional, se requiere del acuerdo entre acreedor u deudor, configurándose como un medio bilateral de extinción de obligaciones. 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 y nunca de pleno derecho (OSTERLING y CASTILLO FREYRE, 2008, pp. 726-727). Se confunde, o no se deja lo suficientemente en claro, la cuestión referente a la diversidad entre la fuente del derecho a compensar y su ejercicio concreto. Nadie niega que la compensación se ejercita por libre decisión del sujeto que quiere valerse de ella, sea legal o "voluntaria" (en tanto puede existir un acuerdo de compensación inserto en un contenido negocial cuya operatividad siempre dependerá de su ejercicio). No se debe olvidar que toda compensación se manifiesta cual ejercicio de un derecho potestativo concedido a quien es parte de una relación obligacional sea como acreedor o deudor; más ello no puede hacer perder de vista su basamento que, en el caso de la compensación legal, es la propia ley que, luego de verificados determinados requisitos, concede al sujeto el derecho potestativo a compensar; mientras que, en el supuesto de la compensación voluntaria –que llamamos negocial–, la fuente de este derecho potestativo no es sino el propio poder de autonomía privada de las partes, en cuyos márgenes de actuación, circunscritos al paradigma de la bilateralidad de orden contractual, cabe indicarlo, no existiría la exigencia de observar los requisitos –previstos en la norma subcomento– para operar la compensación.

De lo expuesto puede avizorarse que la *función* de la compensación es la de garantizar y defender el derecho del acreedor, lo que directamente estaría confirmado por los principios inmanentes a nuestro ordenamiento jurídico: la posición del sujeto legitimado a oponer la compensación aparece muy similar, al menos en algunos aspectos, a aquella del acreedor titular de un derecho real de garantía sobre los bienes del propio deudor (INZITARI, p. 468). Se trataría entonces, subsumiendo la idea con lo anteriormente señalado, de un mecanismo extintivo-satisfactivo-liberatorio que asume una función simplificadora –porque evita una duplicidad de movimientos patrimoniales– y garantizadora –porque garantiza que el acreedor reciba un pago íntegro de su deudor y, en caso de su insolvencia, tener preferencia por sobre los otros acreedores–. En tal orientación, se ha indicado que los presupuestos económicos que justifican racionalmente la disciplina del fenómeno son, sobre todo, de dos órdenes: la facilitación de las relaciones jurídicas; mayor posibilidad de satisfacer con seguridad los intereses de los acreedores (BRECCIA, p. 717).

2. Su ámbito de aplicabilidad: requisitos de operatividad para la compensación legal

En sintonía con la disciplina legal, analicemos la compensación legal, de ejercicio unilateral, no sin olvidar que ella es la forma más relevante de compensación y que debe hacerse valer por la parte que tenga interés, o sea, por uno de los dos contra-acreedores, mientras que no puede ser hecha valer o, mejor, ser declarada de oficio por parte del juez.

La norma exige ciertos requisitos para la operatividad de la *compensación legal*, esto es, que las obligaciones a compensar deben ser recíprocas, líquidas, exigibles, así como que contengan prestaciones fungibles y homogéneas entre sí. La compensación legal se actúa, generalmente, entre débitos que tienen por objeto sumas de dinero o una cantidad de cosas fungibles del mismo género, es decir, homogéneas que sean determinadas en su propia cantidad, es decir líquidas, y que estén vencidas, es decir, que sean exigibles (INZITARI, p. 467).

Se exige que las obligaciones (*rectius* prestaciones) a compensar sean recíprocas. Aquí, es importante precisar, para evitar confusiones, que no se hace alusión a la reciprocidad de prestaciones necesaria para la aplicación de los remedios contractuales de la excepción o resolución por incumplimiento ya que, en estos casos, se atiende a la reciprocidad *dentro de un solo contrato* cuya causa reside en el intercambio concretado en el binomio *prestación/contraprestación*: la prestación de cada contratante encuentra justificación en la prestación del otro, de allí que tales contratos tomen el nombre de *contratos con prestaciones correspectivas*, caracterizados, como no, por el llamado *sinalagma*, que supone una situación de reciprocidad e interdependencia (TAMPONI, p. 1477). En cambio, para la compensación, la reciprocidad consistiría en que los sujetos intervinientes ocupen recíprocamente la posición de acreedor y deudor de las obligaciones a compensar sin importar que deriven de negocios jurídicos diversos o incluso si alguna de ellas, o ambas, derivase de la ley. Se descarta, entonces la intervención de terceros. Es más, se excluye la compensabilidad de los débitos que se originan de un mismo título tomando como supuesto central de tal posicionamiento la naturaleza de las relaciones obligacionales con prestaciones recíprocas. El fundamento común de la exclusión está en que los débitos a compensar se insertan en un mismo hecho, por decir, en un contrato, cuya función ciertamente impone que las distintas obligaciones sean cumplidas recíprocamente (BRECCIA, p. 718). En definitiva, la compensación presupone que los débitos encuentran su propia fuente en relaciones jurídico-obligacionales diversas (PALADINI, p. 492). En nuestro parecer, la compensación presupone la reciprocidad de los créditos, pero no en el sentido de derivar de un contrato bilateral o recíproco, porque una cosa son las "prestaciones recíprocas" y otra que dos personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, y que no obsta que los créditos que concurren a la compensación nazcan de distintos contratos y consten en diferentes títulos.

Entre las consecuencias regulares de la compensación legal, especialmente debe resaltarse la problemática de su *fuerza retroactiva* (ENNECCERUS, p. 338). Esto último se hace patente en que, sobre todo, en la compensación legal, el momento de la extinción de los dos débitos recíprocos no es, sin embargo, aquel en que la compensación ha sido hecha valer, sino, más bien, aquel precedente en el cual los contra-créditos han venido a coexistir (INZITARI, p. 467). La posición se contrae a señalar que mediante la compensación los créditos se consideran extinguidos desde el momento en que por primera vez fueren compensables, a favor de quien ahora declara la compensación, dejando de correr los intereses, mora y demás penas convencionales. Se puede compensar entonces un crédito que, al surgir la compensabilidad, aún no estuviera prescrito, o no estuviera aún embargado o contra un crédito aún no cedido (ENNECCERUS, p. 353).

Sin embargo, en nuestra codificación, tal y como fluye de la norma comentada, no se habría dado acogida a la retroactividad de la compensación pues su operatividad-eficacia deberá ser considerada relevante a partir de la oposición hecha por alguno de los sujetos intervinientes en la relación obligacional, o por ambos, sin perjuicio de que sus efectos sean regulados de manera diversa por las partes. La compensación *presupone* que el deudor que compensa tenga contra el acreedor un crédito, o sea, la reciprocidad de los créditos en este sentido (no en el sentido que tengan que basarse en un contrato bilateral o recíproco). Si al deudor no le corresponde crédito alguno o si nada debe al acreedor, la compensación es ineficaz. La regla es que contra el crédito solo, por regla general, puede compensar el deudor; un tercero puede extinguirlo mediante pago, pero no por compensación. Sin embargo, el facultado para, en su propio interés, satisfacer al acreedor mediante una determinada prestación puede, aunque no deba esta prestación, satisfacerla también mediante compensación con un crédito propio (ENNECCERUS, p. 344).

También se requiere que las obligaciones (*rectius* las prestaciones) sean líquidas. Por liquidez se entiende que el crédito debe ser cierto en su monto, no controvertido en su existencia; ello se considera evidente porque la compensación funciona como un mecanismo de pago (cumplimiento). No es líquido un crédito cuando no sea determinado con exactitud el objeto de la prestación: se aluden a tales fines los ejemplos de las obligaciones alternativas y de aquellas con facultad alternativa (DI PRISCO, pp. 320-321). En suma, la liquidez alude a que las partes conozcan la determinación, o la directa determinabilidad de su cuantía, sin que sea necesaria la certeza de su existencia. Pueden existir otros casos de iliquidez, por decir *temporal,* que no se refieren a la indeterminación de la cuantía de las prestaciones, esto cuando la determinación de su monto se confía a un tercero, o cuando su monto deba determinarse según la naturaleza de la obligación o las circunstancias o cuando el valor de la prestación deba determinarse mediante resolución judicial o cuando la determinación de su cuantía precise de una liquidación compleja y necesariamente documentada. De esto último se puede extraer el criterio asumido según el cual debe aceptarse la compensación para las prestaciones que sean pronta y fácilmente liquidables, en el sentido que se pueda llegar a la determinación de su cuantía sin mayor complicación o cuestionamiento.

Sobre el particular no debe confundirse la liquidez con la certeza de los créditos/débitos, presupuesto requerido por ciertos sectores doctrinales, este se resuelve en la falta de cuestionamiento entre las partes en orden a su subsistencia y a su monto, o bien si se ha cumplido con la constatación procesal de ellos con sentencia pasada en calidad de cosa juzgada (PALADINI, p. 494). No se puede legalmente compensar un crédito líquido con otro crédito cuya subsistencia sea cuestionada. La disputa sobre la existencia del crédito debe resolverse en términos fácticos: incierto es un crédito cuando, aún siendo posible exigir la prestación, exista un hecho impeditivo que actualmente lo paralice. Las hipótesis concretas de falta de certeza son variadas, pueden referirse al título en su sustancia o en elementos accesorios, pueden derivar de vicios (ej. dolo, error, simulación) que golpeen en su fundamento al crédito que pretende compensarse. En la doctrina alemana se ha precisado que el crédito que sirve para la compensación (contra crédito, crédito de compensación) tiene que ser válido. Por ello, un crédito desvirtuado mediante excepción no puede servir para la compensación, sin embargo con el crédito prescrito puede compensarse si antes de la prescripción los créditos existían ya frente a frente con carácter de compensables. Por demás, no se requiere que el crédito contra el que se compensa sea plenamente eficaz, de allí que se admita que la compensación contra créditos naturales o que deriven de juegos o de negocios de diferencia, tampoco impide una excepción pero si esa compensación se hace ignorando la existencia de la excepción perentoria podrá exigir el restablecimiento de su crédito con las normas sobre el enriquecimiento sin causa (ENNECCERUS, p. 347).

Además, es necesario que las prestaciones sean exigibles. La exigibilidad consiste en la posibilidad de que el derecho de crédito pueda ser pretendido de manera inmediata (PALADINI, p. 494). La exigibilidad se atiene al eventual transcurso del plazo de prescripción extintiva o a la oponibilidad de un plazo de cumplimiento derivado del título o de la inserción de un plazo o condición suspensiva/resolutoria; en estas hipótesis se descarta que el deudor pueda oponerse, asumiendo tal requerimiento carácter forzoso. En general, carecen de exigibilidad los créditos respecto de los cuales la ley ha prescrito su inexigibilidad, los créditos expectaticios y las llamadas obligaciones naturales.

Agrega, finalmente la norma, como requisitos *conexos* de operatividad de la compensación que las prestaciones sean fungibles y homogéneas. La apreciación de la fungibilidad debe hacerse con relación al objeto de las prestaciones, atendiendo a la posibilidad de

su sustitución por otros bienes de la misma especie y calidad, siendo aplicable también a las obligaciones de hacer y de no hacer según su objeto lo permita. La homogeneidad se refiere a que los bienes u objetos de ambas prestaciones deben ser fungibles entre sí, a partir de ello se deduce que la homogeneidad no es otra cosa sino la aplicación simultánea de la fungibilidad a los objetos prestacionales homogéneos, precisamente considerados en cada una de las esferas de los sujetos involucrados. El objeto del crédito y del contra crédito tienen que ser de igual especie. Por lo regular solo cuando se trata de créditos de dinero y otras cosas fungibles (ENNECCERUS, p. 348).

Ahora bien, la homogeneidad no debe entenderse propiamente como identidad en la naturaleza y magnitud de los objetos de las prestaciones, como ya adelantamos para la norma subcomento pues resulta irrelevante la diferencia de cuantía de los créditos/débitos al estipularse que la extinción obligacional se produce hasta donde respectivamente alcancen los créditos débitos opuestos. Más, ello revela como se ha recogido la distinción entre la compensación total y parcial. El débito de cada una viene reducido *en proporción* de su crédito y viceversa, porque los respectivos débitos valen el uno para el pago del otro, extinguiéndose como consecuencia los créditos. Tal extinción es total cuando los créditos y débitos son de igual monto, sucede hasta la concurrencia del crédito menor cuando son desiguales (DI PRISCO, p. 311), tratándose en este caso de una compensación parcial.

Valga la ocasión para puntualizar que, a los fines de operar la compensación el deudor solo puede emplear un crédito que le pertenezca personalmente. En este orden de ideas, el fiador no puede compensar el crédito del deudor principal y tampoco un deudor solidario el crédito de su codeudor, en razón a lo señalado.

3. Compensación y autonomía privada

El último párrafo de la norma se contrae a señalar que la compensación no opera *cuando acreedor y el deudor la excluyen de mutuo acuerdo*, lo que ciertamente es un indicador que la disciplina legal reconoce la relevancia de la autonomía privada en este mecanismo extintivo-liberatorio en el devenir de las relaciones obligacionales.

Recordemos, ante todo, cómo muchos de los lineamientos del ordenamiento subyacen en el reconocimiento de la autonomía privada cuando se trata de resolver los problemas de eficacia *in genere*, tal y como ha quedado sentado cuando se alude a las formas de eficacia/ineficacia estricta donde adquiere un valor fundamental la actividad de los particulares en la operatividad de tales mecanismos. Nótese que la problemática de la eficacia/ineficacia en el sistema tiene entre sus características más saltantes el adoptar en todas sus manifestaciones al principio de autonomía privada, lo que implica que los particulares podrían incidir sobre las estatuiciones que concreten el alcance de los efectos derivados de un contrato/negocio jurídico o establecer procedimientos para viabilizar su operatividad y eventualmente excluir su aplicación en algún caso concreto, tal y como se verifica en que las normas que regulan dichas categorías sean, casi siempre, de carácter supletorio. Es obvio que la relación obligacional, en los supuestos que ahora nos interesan, puede ser calificada, sin más, como un efecto negocial que se ciñe al parámetro denotado, es decir, a la injerencia de la autonomía privada.

Cuando la norma alude a la posible exclusión de la compensación por acuerdo entre las partes abre la posibilidad de un *pacto anticipado* que no permita a ninguna de las partes acudir a este mecanismo, más también puede pensarse en un *pacto sucesivo* que se plantee incluso después que se haya materializado en el plano sustantivo la presencia de obligaciones compensables (recíprocas, líquidas, exigibles, y que contengan prestaciones fungibles y homogéneas),

pudiendo incluso las partes, fuera de la hipótesis regulada, dejar sin efecto la oposición efectuada por una de ellas a los fines de dar operatividad a la compensación legal. Más aún estos pactos de exclusión –que también podrían asumir una naturaleza de carácter modificatorio– pueden acontecer, de manera sucedánea en la compensación derivada de contrato (llamada voluntaria), tal y como se visualiza en el siguiente comentario.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1948; BARBERO, Doménico Sistema del Derecho Privado. Traducción de Santiago Sentís Melendo Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967, T. III; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis De los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BETTI, Emilio; GALGANO, Francesco; SCOGNAMIGLIO, Renato; FERRI, Giovanni Battista. Teoría general del negocio jurídico. Cuatro estudios fundamentales Traducción del italiano de Leysser León Hilario, Ara Editores, Lima, 2001; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. L'obbligazione Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987, vol. IV; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1992; BRECCIA, Umberto. Le obbligazioni en Trattato di Diritto Privato a cura de Iudica e Zatti, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1991; CANNATA, Carlo Augusto. L'adempimento in generale en Obbligazioni e contratti di Rodolfo Sacco, tomo primo, en Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), Torino, 1988; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI. Alberto Breve Commentario al Codice Civile Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1983; DI MAJO, Adolfo. Dell´adempimento in generale (arts. 1177-1200) en Commentario al Codice Civile a cura de Scialoja e Branca, libro quarto, Obbligazioni, Edizioni Zanichelli, Bologna - Roma, 1994; DI PRISCO, Nicola. La compensazione en Obbligazioni e contratti di Rodolfo Sacco. Tomo primo, en Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno. Unione Tipografico Editrice Torinese, reimpresión, (UTET), Torino, 1988; FRANCESCHETTI, Paolo. Obbligazioni e Responsabilitá Civile Edizioni Simone, Verona, 1996; ENNECCERUS, Ludwig Derecho de Obligaciones en ENNECCERUS, Ludwig KIPP, Theodor y WOLFF, Martin Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1°, traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1954; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; GIORGIANNI, Michele L'inadempimento Dott. A. Giuffré Editore, terza edizione, Milano, 1975; INZITARI, Bruno. Le obbligazioni: fonti e disciplina generale en Istituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone, undicesima edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004; MESSINEO, Francesco Manual de Derecho Civil y Comercial Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979, T. VII; OSTERLING Felipe y CASTILLO Mario. Tratado de las obligaciones, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Id. Compendio de derecho de las obligaciones. Palestra Editores, Lima, 2008; PALADINI, Mauro Compensazione en AAVV Diritto Privato parte prima, Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato Italiano Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROPPO, Vincenzo Il contratto en Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2001; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile, nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012; TAMPONI, Michele. La risoluzione per inadempimento en I contratti in generale, tomo secondo, al cuidado de Enrico Gabrielli, que forma parte del Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 1999; VISINTINI, Giovanna Inadempimento e mora del debitore (art. 1180) en Il Codice Civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

El supuesto fáctico de la compensación

{La compensación es} un medio extintivo de la obligación que opera cuando una persona es simultánea y recíprocamente deudora y acreedora de otra ***(Cas. N° 601-2005-Lima).***

Requisitos de la compensación

Los requisitos que debe reunir la compensación para que opere como tal: (...) la reciprocidad de obligaciones entre las mismas personas, su exigibilidad y su liquidez (...) **(Cas. N° 2748-2005-Lima).**

Noción de compensación

La compensación es uno de los medios extintivos de las obligaciones, la doctrina autorizada señala al respecto que "cuando una persona es deudora y acreedora a un mismo tiempo de otra, pone por así decirlo en los platillos de la balanza en uno la deuda y en el otro el crédito y los encuentra de igual peso ofrece a la parte contraria o pide al juez considere ambos extinguidos, el uno con el otro, en virtud de la compensación **(Cas. N° 2842-2008-Lima).**

Presupuestos de la compensación

Para que la obligación se extinga por compensación es necesaria la concurrencia de los requisitos que la ley civil exige, tales como: a) que las obligaciones sean recíprocas, es decir, la compensación opera en tanto cada uno de los sujetos de la relación obligatoria ocupa simultáneamente la parte acreedora respecto de uno o más créditos y la parte deudora en relación a otro u otros créditos; b) que las obligaciones sean líquidas, es decir cuando los sujetos de la relación obligatoria conocen con certeza la cuantía de la su objeto. En ese sentido, "la liquidez de una deuda resulta de la certidumbre de su existencia y su cuantía. Aclarando el concepto, precisa que una deuda es cierta en cuanto a su existencia cuando no es discutida en juicio y es cierta respecto de su cuantía cuando se sabe a cuánto asciende sin necesidad de liquidaciones previas. Y añade, en otros términos, que una deuda es líquida cuando de manera explícita y clara se sabe qué, cuanto y como se debe" (...); c) que las obligaciones sean exigible, que se traduce en la obligación a su cargo; y d) que las prestaciones sean fungibles y homogéneas, lo que importa que ambas deudas deban referirse a bienes u objetos fungibles entre sí y respecto a la homogeneidad, implica que exista equivalencia de calidad entre los objetos de ambas pretensiones **(Cas. 2842-2008-Lima).**

Oponibilidad de la compensación

Artículo 1289.- ***Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurran los requisitos previstos por el artículo 1288. Los requisitos para tal compensación pueden establecerse previamente.***

Concordancias:
C.C. art. 1288

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. La compensación voluntaria o contractual. Matices específicos de operatividad. La autonomía privada

La compensación voluntaria (o bilateral) que, como se ha señalado, deriva de un acuerdo contractual en atención a los parámetros estatuidos en el artículo 1351 C.C., abre la posibilidad, porque así lo reconoce el ordenamiento, que las partes de las relaciones obligacionales tienen las facultad de derogar a los requisitos impuestos para la compensación legal, decidiendo por ejemplo, compensar una obligación de hacer con una obligación de dar, así como débitos no líquidos o aún inexigibles. El único presupuesto que debe sin embargo subsistir es aquel de la reciprocidad de los créditos que tengan fuente en relaciones jurídicas diversas. En tal orden de ideas, se ha manifestado como la normativa consiente, también, que las partes estipulen una suerte de contrato normativo, con el cual establezcan preventivamente las condiciones de compensación de recíprocas relaciones obligatorias (PALADINI, p. 495).

La doctrina alemana tiene un enfoque diverso, derivado de su regulación legal: así se centra en señalar que el llamado contrato de compensación es un contrato recíproco de remisión. La compensación por contrato solo requiere que cada una de las partes pueda disponer sobre el crédito que pretende compensar y que ambas se pongan de acuerdo sobre la extinción recíproca de los créditos, sin requerirse el vencimiento de los créditos ni la reciprocidad; ella se determina por voluntad de las partes (ENNECCERUS, p. 338).

Es interesante observar como en el derecho romano la compensación por declaración unilateral solo tenía efecto vinculante cuando era aceptada por la otra parte, es decir cuando mediaba un contrato de compensación. Por consiguiente, la cuestión de si se compensa, fuera del caso, en que medie un contrato la compensación, solo se resuelve cuando el deudor exige en juicio la compensación y el juez la lleva a efecto (ENNECERUS, p. 340).

La compensación voluntaria es aquella en la que no se exigen todos los requisitos exigidos para la compensación legal-unilateral. Se requiere solo la reciprocidad en el entendido, ya desarrollado en el punto anterior, que esta se apoya por el principio de la autonomía privada. Obviamente, en todo supuesto de compensación se requiere que las prestaciones sean pasibles de ser ejecutadas, es decir, que su cumplimiento sea posible pues, caso contrario, se verificará una hipótesis de extinción del deber prestacional que impedirá cualquier tipo de compensación. En el caso de la compensación voluntaria o contractual la *ratio* es muy simple: no se cuenta con la materia social para la regulación, un contrato sin objeto, cuya inexistencia-nulidad es liminar.

La norma subcomento también permite, y nuevamente se revela la injerencia de la autonomía privada, que las partes puedan establecer por anticipado requisitos específicos para la operatividad de la compensación en las relaciones patrimoniales que mantienen entre ellas.

En virtud de la autonomía privada las partes pueden establecer que el deudor no pueda compensar en absoluto contra un determinado crédito o que no pueda compensar con un contra crédito determinado, claro está con toda precisión, pues nos encontramos en un supuesto contrario a una norma general materializada en la norma anteriormente comentada que regula compensación legal.

No debe olvidarse que la autonomía privada es un poder *reconocido* a los sujetos privados (particulares) para la ordenación de las relaciones e intereses propios, no se trata de un poder *atribuido*, como postulan los que siguen los lineamientos del normativismo, en tanto los privados en forma autónoma realizan actividad negocial a efectos de satisfacer sus necesidades espontáneamente y en un momento de vinculación estrictamente social (momento pre -jurídico), entiéndase incluso anterior a la calificación jurídica, y sin que tengan ni siquiera necesidad de que exista un ordenamiento jurídico, conciencia jurídica o intuición jurídica (REHBINDER, pp. 166-167) por lo que lógicamente este no puede atribuirse la concesión de dicho poder a los particulares, sino solo limitarse a su reconocimiento otorgando formas de tutela más eficaces, en términos de coacción, frente a otras formas de tutela de corte social. El hecho que se otorgue un poder a los particulares no implica que el uso de dicho poder genere normas jurídicas: piénsese solamente en los poderes que ejercita un propietario cuando dispone o reivindica el bien. No creo que nadie pueda lógicamente sostener que el ejercicio del poder reivindicatorio pueda considerarse como una norma jurídica. En mi entender, la autonomía privada es presupuesto y *fattispecie* generadora de relaciones jurídicas. La autonomía como fenómeno social, preexiste históricamente al ordenamiento estatal que la reconoce y avala su eficacia original, pero no solamente se queda en ello pues también la autonomía cuenta, a efectos de su relevancia, con un "*enforcement*" es decir con una "justiciabilidad" que se resume, de manera significativa, en visualizar el alcance de la transformación de un acto meramente interprivado o amical en un acto dotado de efectos jurídicos, incluso con valor de "ley" *interpartes*. Sin perjuicio de ello, reafirmemos como la autonomía es originaria e independiente del ordenamiento, pero esto no puede llevar a calificarla como apoyo del *ordenamiento jurídico de los particulares ni que su ejercicio se equipare a las funciones y poderes estatales como poder normativo, a pesar de que en ciertos casos los particulares ejercen poderes así de diferenciados, pero esto en virtud de algún poder conferido expresamente por el propio ordenamiento.*

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni.* Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1948; BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado.* Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967, T. III; BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones.* Traducción de José Luis De los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. L'obbligazione.* Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987, vol. IV; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil.* Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1992; BRECCIA, Umberto *Le obbligazioni* en Trattato di Diritto Privato a cura de Iudica e Zatti, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1991; CANNATA, Carlo Augusto. *L'adempimento in generale* en *Obbligazioni e contratti* di Rodolfo Sacco, tomo primo, en *Trattato di Diritto Privato* dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), Torino, 1988; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto *Breve Commentario al Codice Civile* Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Segunda edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983; DI MAJO, Adolfo. *Dell'adempimento in generale (arts. 1177-1200)* en *Commentario al Codice Civile* a cura de Scialoja e Branca, libro quarto, Obbligazioni, Edizioni Zanichelli, Bologna - Roma, 1994; DI PRISCO, Nicola. *La compensazione* en *Obbligazioni e contratti* di Rodolfo Sacco, tomo primo, en *Trattato di Diritto Privato* dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese, reimpresión, (UTET), Torino, 1988; FRANCESCHETTI, Paolo. *Obbligazioni e Responsabilitá Civile* Edizioni Simone, Verona, 1996; ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*

en ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil.* Tomo II-1°, traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1954; ESPIN CANOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil Español.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento* Dott. A. Giuffré Editore, terza edizione, Milano, 1975; INZITARI, Bruno. *Le obbligazioni: fonti e disciplina generale* en *Istituzioni di diritto privato* a cura di Mario Bessone, undicesima edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004; MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979, T. VII; OSTERLING, Felipe y CASTILLO Mario. *Tratado de las obligaciones*, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Id. *Compendio de derecho de las obligaciones*, Palestra Editores, Lima, 2008; PALADINI, Mauro. *Compensazione* en AAVV *Diritto Privato* parte prima, Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; REHBINDER, Manfred. *Sociologia del diritto*, traducción del alemán e introducción por Salvatore Patti, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1982; RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato Italiano* Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; ROPPO, Vincenzo. *Il contratto* en *Trattato di Diritto Privato* a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2001; SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*, nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012; VISINTINI, Giovanna. *Inadempimento e mora del debitore (art. 1180)* en *Il Codice Civile. Commentario* fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987.

Prohibición de la compensación

Artículo 1290.- *Se prohíbe la compensación:*

1.- En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.

2.- En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.

3.- Del crédito inembargable.

4.- Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.

Concordancias:
C.C. arts. 1728, 1814

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

1. Los supuestos excluidos: la prohibición de compensar como limitación a la autonomía privada

Si hemos detectado en la autonomía privada el eje central de la compensación –aunque en mayor medida se presenta en la compensación voluntaria o contractual– podremos entender la norma subcomento como un límite impuesto por el ordenamiento frente a su normal ejercicio.

En general, la justificación de la imposición de límites se encuentra, en mi entender, en la propia función calificadora del ordenamiento pero también en la constatación, según la cual, el ordenamiento jurídico no puede prestar su apoyo para la satisfacción de cualquier interés que esta persiga; por el contrario, antes de otorgar reconocimiento en los términos expuestos, realiza un proceso de tipificación y evalúa la función específica del "*intento práctico*" de los particulares. Dicha evaluación, exteriorización del proceso de calificación, puede tener tres distintos resultados a saber:

1.- Lo cataloga como digna de tutela, reconoce y otorga protección. Esta protección puede materializarse de distintas maneras: así es posible que el ordenamiento, al margen de otorgar los efectos negociales típicos, puede también intervenir directamente en el contenido negocial sin afectar la validez del negocio (piénsese en el fenómeno de la sustitución automática de cláusulas negociales); pero también puede cubrir los vacíos generados por la incompleta actividad declarativa de las partes (normas supletorias)

2.- Lo cataloga como no digna de tutela, no la reconoce, y la toma como jurídicamente irrelevante: dicho intento práctico estaría desprovisto de reconocimiento jurídico.

3.- Pero también puede reprobarlo y lo combate con los mecanismos jurídicos predispuestos generalmente para la tutela del interés general. En esta hipótesis se generan efectos pero estos son contrarios al propósito perseguido con el intento práctico. Aquí se comprende todos los casos en que se plantean las denominadas sanciones civiles (nulidad, anulabilidad, rescisión, etc.).

Entonces la reacción del ordenamiento puede verse tanto en forma positiva o negativa (esta segunda con los matices reseñados), pero ella *siempre estará vinculada a la determinación anticipada de límites al actuar privado de los sujetos*: se trata de limitar el derecho reconocido en el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú cuyo único límite literalmente reconocido está en las leyes de orden público. La tradición jurídica apoyándose en la

ciencia jurídica –la dogmática– ciertamente, ha logrado identificar la existencia de dos grandes grupos de límites: extrínsecos e intrínsecos –ambos basados sobre normatividad imperativa y/o principios rectores– que se ubican dentro de la estructura del negocio o fuera de ella respectivamente. Los primeros serían la causa, el objeto, la forma *ad substantiam*, como es ya conocido por todos. Más, nuestro interés está en la segunda hipótesis pues la norma subcomento se plasma en su núcleo sustantivo.

Los límites extrínsecos están basados estrictamente en la normatividad imperativa "externa", es decir, no guardan vinculación directa con la estructura del negocio jurídico, principal expresión de la autonomía privada, sin perjuicio que ellos podrían en alguna forma incidir sobre la estructura negocial (piénsese en normatividad imperativa que permita sustentar la ilicitud de la causa). Ellos se concretan en establecer lineamientos de orden público (incluso político) así como aquellos referidos a las buenas costumbres inmersas en una valoración moral no desligada de lo social. Incluso, desde una perspectiva normativista, se ha señalado que la autonomía es limitada en las normas de derecho privado de carácter de inderogable en el sentido que el reglamento establecido por las partes está subordinado a las normas de mayor jerarquía por razones de protección de intereses colectivos o de intereses generales, ambos superiores a los intereses privados. La violación de una norma inderogable de derecho privado es por el contrario sancionada solo si es el mismo privado interesado el que pide al juez que la sanción sea aplicada" (...) "Las normas imperativas de derecho privado son normas inderogables que ponen límites al contenido del acto privado por motivos de interés general, utilizando sustancialmente dos diversas técnicas. Un primer tipo de limitación consiste en colocar una suerte de perímetro dentro del cual la actividad deber ser mantenida, bajo sanción de nulidad del acto realizado. Se trata de límites externos, en el sentido que el privado puede moverse, al definir el contenido del acto mismo, hasta el punto de no traspasar tales límites, que son representados por particulares normas imperativas" (GAZZONI, pp. 13-15; MORALES HERVIAS, pp. 74-75).

Como se ha dicho, estamos frente a la categoría descrita. La norma imperativa subcomento se refiere estrictamente a una prohibición de compensar, sea cual fuere el tipo de compensación utilizado, que alcanza solamente a los supuestos expresamente contemplados por la norma, siendo evidente que no cabe ningún atisbo de analogía o aplicación extensiva.

2. (sigue) Los supuestos excluidos: los supuestos específicos de prohibición de compensar

Analicemos ahora concisamente los supuestos prohibitivos de compensación, llamados por algunos créditos no compensables, descritos en la norma subcomento.

a) Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado

Es nítida la justificación de la hipótesis prohibitiva en la medida que se evita que se utilice la consumación de un hecho ilícito, plasmado en el despojo, a los fines de propiciar que la consiguiente obligación restitutoria de los bienes de propiedad del sujeto despojado pueda ser neutralizada mediante la oposición de un contra-crédito. De la materialización de un comportamiento *contra legem* no pueden obtenerse consecuencias favorables para el sujeto que lo propició con el propósito de obtener un beneficio derivado de la autogeneración de una garantía particular basada sobre la privación ilegal de la posesión de un bien con respecto a su propietario, lo que incluso podría derivar en una transgresión a los derechos de otros acreedores con rango preferente. Sobre el particular se ha indicado que la *ratio legis* del inciso 1 del artículo

1290 del Código Civil 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. Este caso sería el de quien despojó a otro de un bien de propiedad de este último, y que, posteriormente, dispuso de dicho bien (perdiéndolo, consumiéndolo, enajenándolo, 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 (OSTERLING y CASTILLO FREYRE, 2008, p. 732), posición de la que discrepamos en razón a la no aplicabilidad de aplicaciones extensivas más allá del supuesto descrito por la norma. Tal vez hubiese sido más oportuno establecer, *in abstracto*, la prohibición de compensación contra un crédito derivado de un acto ilícito cometido dolosamente aunque no sea punible en el ámbito penal.

b) Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato

En este supuesto se plantea de forma similar al anterior: se trata de la no compensabilidad de una obligación restitutoria pero no derivada de un comportamiento *contra-legem* sino de un contrato de comodato o depósito.

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 este le adeuda (OSTERLING y CASTILLO FREYRE, 2008, p. 734). Claramente, si se permitiese la compensación en esta situación, se estaría legitimando un abuso de posición contractual en cuanto la posesión otorgada, derivada del comodato o préstamo, no podría ser redireccionada a una función extraña como sería la función de garantizar un crédito. A lo sumo, se podría utilizar el derecho de retención a favor del acreedor cuyo patrimonio podría verse perjudicado.

c) Se prohíbe la compensación del crédito inembargable

Por crédito inembargable entendemos al crédito no comprendido en los alcances de la responsabilidad patrimonial, es decir, que no se encuentra afectado por el surgimiento de un derecho de crédito. Sea propicia la ocasión para recordar que el principio de la responsabilidad patrimonial –que involucra ciertamente un grado bastante alto de universalidad en la tradición del *civil law*– ha sido típicamente entendido como una garantía genérica del acreedor, dirigida a asegurar que el deudor responda del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. En términos puntuales, se ha dicho que por demás, el concepto de *garantía genérica,* que es el término activo de la noción de responsabilidad patrimonial, es preciso para demostrar con el adjetivo de "genérica", que la garantía engloba el entero patrimonio, los bienes presentes y futuros, pero sin dar lugar a una particular condición normativa de este, que es la única que puede consentir hablar de un "régimen" (DI MAJO, p. 17).

Si el crédito inembargable, que en términos prácticos viene definido por la ley, no está comprendido en la denominada garantía genérica a favor del o de los posibles acreedores, es innegable que no pueden ser empleados para ser opuesto efectivizando un pago por compensación, por lo que resulta adecuada su inclusión expresa en la norma subcomento, debido a su protección prioritaria en relación a otros derechos patrimoniales (piénsese en el crédito alimentario o el derivado de una relación laboral).

d) Se prohíbe la compensación entre particulares y el Estado

La regla general es que se prohíbe la compensación entre particulares y el Estado, siendo la excepción los casos permitidos por ley expresa. La norma subcomento se ha basado en que los bienes de dominio público son inembargables otorgándose 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. La prohibición tiene 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; estos, destinados a satisfacer las necesidades de la sociedad, no deben verse constreñidos o inhabilitados por la ausencia transitoria de los fondos requeridos para costearlos. Por ello es que los deudores (particulares) del Estado no pueden estar facultados a exonerarse de proveer tales fondos, alegando los créditos que pudiesen tener contra el Estado (OSTERLING y CASTILLO FREYRE, 2008, p. 738).

3. Las consecuencias de la inobservancia de la norma prohibitiva: ¿la nulidad virtual?

Una observación preliminar que se debe realizar a la norma subcomento es que no nos encontramos ante un caso de nulidad expresa o textual que viene siendo considerada como la regla usual en la materia. La nulidad expresa o textual es aquella que es declarada directamente por la norma jurídica, por lo general con las expresiones "es nulo" o "bajo sanción de nulidad", pudiendo sin embargo utilizarse, como de hecho ocurre, cualquier otra expresión, que indique la no aceptación por parte del sistema jurídico de un negocio jurídico en particular en una circunstancia especial. En cualquiera de estos casos y sea cual fuere la expresión que se utilice, estaremos frente a un supuesto de nulidad textual (TABOADA, p. 325). En paralelo, nos encontramos ante un caso de la denominada nulidad virtual o tácita siendo aquella que sin venir declarada directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica se deduce o infiere del contenido de un negocio jurídico, por contravenir una norma imperativa (TABOADA, p. 326).

Dentro de estas últimas tenemos a la llamada nulidad de "prohibición" que resulta siendo calificada como "ambigua", al igual que toda nulidad virtual o tácita, pues ella se conecta directamente con el artículo V del Título Preliminar y el numeral 8 del artículo 219 del Código Civil que según se puede entrever asume un carácter de indeterminado.

Como ya ha quedado asentado la norma subcomento es una norma imperativa de carácter prohibitivo que contiene una limitación excepcional a la autonomía privada, pero que no impone una sanción o remedio específico frente a su inobservancia. Ahora bien, en términos genéricos, en el caso que una norma imperativa prevea consecuencias frente a su inobservancia con relación a la ineficacia (en sentido amplio) ella no necesariamente tendría que ser la nulidad, pues tal decisión está sujeta a la calificación particular que el ordenamiento opere respecto de los intereses transgredidos cuando se quiebre su estatución inderogable.

Nótese que cuando se vislumbran los contornos teórico-aplicativos de la nulidad, se tiene que existen hipótesis en que sus causales pueden considerarse tácita o implícitamente contenidas en las normas jurídicas o en las bases del sistema jurídico en general, bien se trate del orden público, de las buenas costumbres o de normas imperativas que no contengan ninguno de dichos conceptos, siendo este fenómeno vinculado a la identificación de una causal de invalidez idónea ya inserta en el ordenamiento. En este lineamiento conceptual quedan

excluidas las causales de anulabilidad en cuanto estas han sido disciplinadas como textuales, según se desprende del artículo 221 del CC.

Es patente que la doctrina y la jurisprudencia no pueden crear causales de invalidez, como sospecho algunos podrían pensar, simplemente por la exclusividad de la fuente normativo-legal que se extrae del propio sistema, estrictamente de la conjugación de los preceptos contenidos en los artículos 219 y 221 del Código Civil.

En torno específicamente a la nulidad, el Título IX del Libro II del Código Civil peruano regula la nulidad como una sanción-remedio que tiene como finalidad o función proteger intereses humanos (SCALISI p. 692), que asumen una relevancia o proyección general y pública; se trata de una técnica de control social muy utilizada por los operadores jurídicos, dada su efectividad, en cuanto sus consecuencias jurídicas se producen automáticamente. Asimismo, no se debe olvidar que la nulidad no es una categoría monolítica, que no depende de una carencia estructural de la hipótesis de hecho, que no siempre presupone la exigencia de tutelar intereses generales de orden público, pero que al contrario depende únicamente de la violación de un límite colocado a la autonomía privada y es por eso disciplinada en manera articulada en razón del límite violado, determinando como efecto constante el poder de substraerse a la obligatoriedad del contrato nulo de quien tenga interés, a menos que –en consideración del límite violado– el ordenamiento considere a alguno de los contratantes no dignos de beneficiarse de tal poder (MAJELLO, p. 355).

Cabría entonces concluir que, ante la inobservancia de cualquiera de las prohibiciones expresas de compensar –y se piensa mucho más en la compensación contractual– la sanción es inevitablemente la nulidad, que bien podría calificarse como una nulidad virtual en los linderos específicos de las denominadas nulidades de "prohibición" o incluso "políticas" al no guardar correlación alguna con la defectuosidad estructural del contrato, sino con una decisión propia del ordenamiento.

Agradezco con mucha emoción la ayuda incondicional que –en los comentarios de los artículos precedentes referidos a la compensación– me ha brindado mi hija Mariana Palacios a quién auguro el mejor destino en la investigación científica del derecho.

DOCTRINA

BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1948; BARBERO, Doménico Sistema del Derecho Privado. Traducción de Santiago Sentís Melendo Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967, T. III; BARBIERA, Lelio Responsabilitá patrimoniale. Disposizioni generali (artt. 2740-2744), seconda edizione, en Il Codice Civile. Commentario diretto da Piero Schlesinger e ora da Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2010; BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones, traducción de José Luis De los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BETTI, Emilio; GALGANO, Francesco; SCOGNAMIGLIO, Renato; FERRI, Giovanni Battista. Teoría general del negocio jurídico. Cuatro estudios fundamentales Traducción del italiano de Leysser León Hilario, Ara Editores, Lima, 2001; BIANCA, Massimo Diritto Civile. L'obbligazione Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987, vol. IV; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1992; BRECCIA, Umberto. Le obbligazioni en Trattato di Diritto Privato a cura de Iudica e Zatti, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1991; CANNATA, Carlo Augusto. L'adempimento in generale en Obbligazioni e contratti di Rodolfo Sacco, tomo primo, en Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), Torino, 1988; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve Commentario al Codice Civile Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), Padova, 1990; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Segunda edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983; DI MAJO, Adolfo. Dell'adempimento in generale (arts. 1177-1200) en Commentario al Codice Civile a cura de Scialoja e Branca, libro quarto, Obbligazioni, Edizioni Zanichelli, Bologna - Roma, 1994; DI MAJO, Adolfo. Responsabilitá e patrimonio, Giappichelli Editore, Torino,

2005; DI PRISCO, Nicola. La compensazione en Obbligazioni e contratti di Rodolfo Sacco, tomo primo, en Trattato di Diritto Privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese, reimpresión, (UTET), Torino, 1988; ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones en ENNECCERUS, Ludwig KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo II-1°, traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1954; FRANCESCHETTI, Paolo. Obbligazioni e Responsabilitá Civile Edizioni Simone, Verona, 1996; GAZZONI, Manuale di diritto privato, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., Nápoles, 2003; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; GIORGIANNI, Michele. L'inadempimento Dott. A. Giuffré Editore, terza edizione, Milano, 1975; INZITARI, Bruno. Le obbligazioni: fonti e disciplina generale en Istituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone, undicesima edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004; MAJELLO, Ugo. "La patologia discreta del contratto annulabille" en Rivista di Diritto Civile, N° 4, Anno XLIX, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, Luglio-Agosto, 2003; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979, T. VII; MORALES HERVIAS, Rómulo. Carácter supletorio de las normas sobre contratación en Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2004, Tomo VII; OSTERLING Felipe y CASTILLO Mario. Tratado de las obligaciones. Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; Id. Compendio de derecho de las obligaciones, Palestra Editores, Lima, 2008; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. La nulidad del negocio jurídico, prólogo de Juan Espinoza Espinoza, Jurista Editores, Lima, 2002; PALADINI, Mauro Compensazione en AAVV Diritto Privato parte prima, Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), Torino, 2003; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato Italiano Casa Editrice Dott. Eugenio. Jovene, Nápoli, 1986; ROPPO, Vincenzo. Il contratto en Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2001; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Dottrine generali del diritto civile, nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012; SCALISI, Vincenzo, Categorie e istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2005; Id., Rappresentanza come dovere e rapporto organico come imputazione en Rappresentanza e responsabilitá negli enti collettivi, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2007; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Acto jurídico, negocio jurídico y contrato, Grijley E.I.R.L. Lima, 2002; TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di diritto civile, Cedam, Padova, 1999; VISINTINI, Giovanna. Inadempimento e mora del debitore (art. 1180) en Il Codice Civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987.

Oponibilidad de la compensación por el garante

Artículo 1291.- ***El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor.***

Concordancias:
C.C. arts. 1868, 1885

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO

Dentro de las fuentes nacionales del artículo 1291, Felipe Osterling y Mario Castillo[1] se remontan al artículo 2259 del Código Civil de 1852, el cual establecía que 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.

El artículo 1291 del Código Civil de 1984 es de texto similar a los artículos 1297 del Código Civil de 1936, y 1294 del Código francés, salvo en el hecho que en lugar del garante, estos artículos únicamente se refieren al fiador; a los artículos 1197 del Código español y 770, inciso 2, del Código alemán; a la primera parte del artículo 2199 del Código mejicano; a los artículos 1503 del Código uruguayo; 1336 del Código venezolano; 370 del Código boliviano y 1294 del Código dominicano y al primer párrafo del artículo 1247 del Código Civil italiano[2].

Como señala Carbonell Lazo[3], el Código Civil de 1936 solo reconocía al fiador el derecho de oponer la compensación de aquello que el acreedor deba al deudor. Con la norma bajo comentario, se ha ampliado el supuesto de hecho, de modo que cualquier tipo de garante de la obligación pueda oponer este derecho.

En la Exposición de Motivos del Código Civil, Felipe Osterling destaca que el derecho establecido en el artículo 1291 es un principio inobjetable, y se apoya en razones de equidad evidentes, comprendiéndose no solo al fiador sino a todo aquel que de algún modo hubiera garantizado la obligación, incluidos los otorgantes de prenda o hipoteca a los que expresamente alude el artículo 1247 del Código italiano.

Para Osterling y Castillo[4] se trata de una excepción a la regla general que establece que la compensación es un derecho personalísimo y, por ende, nadie más que el propio deudor puede oponerla entre su obligación y el crédito que coincidentemente tenga contra el mismo acreedor. Los autores precisan que las excepciones a las reglas generales o específicas obedecen en muchos casos a criterios de índole práctica, pero en 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 y, bajo este supuesto, el principio del carácter personalísimo de la compensación se subordina al más elevado principio de la equidad.

(1) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Volumen XVII, tercera parte, Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2003, p. 208.

(2) *Código Civil, Exposición de motivos y comentarios*. Tomo V, compilación de REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Lima, 1985, p. 427.

(3) CARBONELL LAZO, Fernando y otros. *Código Civil concordado, comentado, anotado*. Tomo IX, Ediciones Jurídicas, Lima, p. 5396.

(4) OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. Ob. cit., p. 210.

Como ya se ha comentado al analizarse el artículo 1288, por la compensación se extinguen obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una frente a la otra.

Si bien es cierto que el requisito de la reciprocidad de obligaciones, por ser indispensable para la compensación, debe cumplirse en forma directa entre el obligado principal y el acreedor; en el caso del fiador, este no se ha beneficiado con el crédito, pero sí puede salir perjudicado con el incumplimiento de aquel a quien ha garantizado, razón por la cual, la norma bajo comentario le otorga la potestad de invocar dicha compensación.

Ahora bien, existe una aparente contradicción entre el artículo 1291 del Código Civil y el artículo 1885 del mismo Código, que establece la facultad del fiador de oponer todas las excepciones que corresponden al deudor –aunque este 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 de Osterling y Castillo[5], sin embargo, no existe tal conflicto, pues consideran que lo previsto por el artículo 1885 reviste carácter general; en cambio, la norma que concede al fiador la facultad de oponer la compensación entre el acreedor y el deudor es de carácter particular, como una especial excepción 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.

Coincidiendo con dicha posición, consideramos que la norma contenida en el artículo 1291 no se contrapone con lo dispuesto por el artículo 1885, sino que establece un supuesto de excepción a la regla general establecida por este último.

Finalmente, consideramos que la regla contenida en el artículo 1291 representa una mejora respecto de su antecedente legislativo, el artículo 1297 del Código Civil de 1936. En efecto, independientemente de la posición que se asuma respecto de la naturaleza de la compensación invocada por el fiador, la doctrina es unánime en aceptar que es procedente que este oponga la compensación entre la deuda principal y el crédito que tenga contra el acreedor.

DOCTRINA

CARBONEL LAZO, Fernando y otros. Código Civil concordado, comentado, anotado. Tomo IX, Ediciones Jurídicas, Lima; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª edición. Grijley. Lima, 2000; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Volumen XVII, tercera parte, Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2003; PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Manual de Derecho Civil, Tomo II, 3ª edición. Editorial Huallaga. Lima, 2000; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil, Exposición de motivos y comentarios, Tomo V, Lima, 1985.

(5) OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. Ob. cit., pp. 211 y 212.

Inoponibilidad de la compensación

Artículo 1292.- ***El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a este la compensación que hubiera podido oponer al cedente.***

Concordancias:
C.C. art. 1206

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO

El artículo 1292 reproduce el artículo 1296 del Código de 1936 y contiene el mismo principio recogido por otras normas, tales como los artículos 1295 del Código francés, 2260 del Código Civil de 1852; 1198 del Código Civil español; 1021 del Código del Brasil; 2201 del Código de México, 1505 del Código uruguayo; 1702 del Código ecuatoriano; 1659 del Código chileno, 371 del Código boliviano; 1295 del Código dominicano; 1718 del Código colombiano y 2289 del Proyecto de 1891[1].

Si bien el texto del artículo 1292 del Código Civil de 1984 es similar al texto del artículo 1296 del Código Civil de 1936, es importante citar las diferentes ponencias previas a la aprobación del texto actual reproducidas por Osterling y Castillo[2], y es así que 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 este, impide la compensación de los créditos nacidos con posterioridad a la notificación".

Asimismo, 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 este la compensación que hubiera podido oponer al cedente".

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, contemplaba el tema en el numeral 1313: "El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a este la compensación que hubiera podido oponer al cedente".

Finalmente, 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 este la compensación que hubiera podido oponer al cedente".

El artículo 1292 alude a la figura de la cesión de derechos, que es una modalidad de transmisión de obligaciones regulada por los artículos 1206 y siguientes del Código Civil. Se trata de un 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, no requiriéndose el asentimiento del deudor. Lo que sí se requiere es que el cedente acuerde tal cesión por escrito, produciendo esta efectos jurídicos contra el deudor cedido, desde que le sea comunicada fehacientemente o desde que la haya aceptado.

(1) Estas fuentes, tanto nacionales o extrajeras, se encuentran citadas en *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, obra compilada por REVOREDO DE DEBACKEY, Delia, Lima, 1985.

(2) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Volumen XVII, tercera parte, Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2003, p. 218.

La figura de la cesión de derechos es muy utilizada actualmente por el propio dinamismo de las actividades empresariales y por el desarrollo de un mercado que nace a partir de la existencia de derechos susceptibles de una valorización económica y, por tanto, materia de negociación. Uno de los ejemplos más expresivos es el de las transferencias o cesiones de cartera entre bancos y/o a favor de empresas que las adquieren a un valor de mercado o de realización, asumiendo los riesgos de la cobranza.

En el caso de la compensación que nos ocupa, el artículo bajo comentario 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.

Ahora bien, conforme al artículo 1215 del Código Civil, la cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que esta la acepte o le es comunicada fehacientemente. En consecuencia, existen dos posibilidades, dependiendo de la participación del deudor en la cesión de derechos:

- Si el deudor aceptó o consintió en que el acreedor ceda su derecho a un tercero cesionario, no podrá oponer a este la compensación que hubiera podido oponer a su acreedor.
- Si el deudor no ha consentido al tercero cesionario, o aceptado explícitamente tal cesión, sí podrá oponer a la compensación que hubiera podido oponer a su acreedor, salvo que se le haya comunicado fehacientemente.

Como hemos señalado, para que la cesión de derechos produzca efectos, no se requiere de la aceptación del deudor (cedido), bastando con que el deudor simplemente haya tomado conocimiento de la cesión, es decir, que se le haya comunicado fehacientemente, razón por la cual resulta irrelevante su conformidad.

De no ser así, y si fuera el caso que se requiera de la aceptación del deudor antes de proceder el acreedor a ceder su derecho a un tercero, las operaciones se entramparían o entorpecerían; más aún, podría prestarse a abusos por un deudor que no desee pagar su deuda a un acreedor, al que por diversas razones le resulte demasiado difícil cobrar su acreencia.

Comentando este artículo, Carbonell Lazo[3] señala que el único caso en que no procede la compensación, es aquel en el que existe una cesión, y esta es aceptada por el deudor. Esto significa que la compensación puede ser invocada si solo se le notifica al deudor de la cesión, y este no manifiesta su aceptación.

En efecto, se considera que al aceptar el deudor la cesión y no oponer compensación contra el acreedor, es como si se hubiese renunciado a tal derecho.

Según la opinión de Gustavo Palacio[4], es regla y norma general que la compensación no puede ni debe perjudicar derechos adquiridos por terceros.

Por su parte, Ferrero Costa[5] opina que el deudor que consiente a su acreedor para que ceda su crédito, no podrá luego oponer al cesionario la compensación, por cuanto la relación

(3) CARBONELL LAZO, Fernando y otros. *Código Civil comentado, concordado, anotado.* Tomo IX. Ediciones Jurídicas. Lima, p. 5397.
(4) PALACIO PIMENTEL, Gustavo. *Manual de Derecho Civil.* Tomo II, 3ª edición. Editorial Huallaga. Lima, 2000, p. 204.
(5) FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones.* 3ª edición. Grijley. Lima, 2000, p. 316.

con su acreedor primigenio ha quedado disuelta. Asimismo, señala que esta norma constituye una excepción a la regla de que el deudor cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor cedente.

Como bien advierten Osterling y Castillo[6], el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que el deudor sea objeto de abusos por parte del acreedor y por ello le otorga la protección debida. Es esta la razón de la existencia del artículo 1292, bajo análisis.

Si no se hubiese regulado este supuesto, se atentaría contra la esencia de la compensación y 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 este.

Coincidiendo plenamente con Osterling y Castillo Freyre, somos de la opinión que el artículo 1292, al emplear el término "consentido", en realidad quiso decir "asentido", ya que 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, pudiendo ser plurilateral, inclusive. Por ello creemos que la redacción del artículo hubiera revestido mayor propiedad si se hubiera empleado el verbo "asentir".

DOCTRINA

CARBONEL LAZO, Fernando y otros. Código Civil concordado, comentado, anotado. Tomo IX, Ediciones Jurídicas, Lima; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª edición. Grijley. Lima, 2000; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Volumen XVII, tercera parte, Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2003; PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Manual de Derecho Civil, Tomo II, 3ª edición. Editorial Huallaga. Lima, 2000; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil, Exposición de motivos y comentarios, Tomo V, Lima, 1985.

(6) OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. Op. cit. pp. 223 y 224.

Imputación legal de la compensación

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.***

Concordancias:
C.C. art. 1259

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO

El artículo 1293 es un precepto novedoso respecto del Código Civil de 1936, el cual no registra ningún antecedente legislativo.

Osterling y Castillo Freyre[1] identifican que 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".

Asimismo, 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".

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".

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, trataba el tema 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".

Si quien opone la compensación tiene varias obligaciones compensables y no señala a cuál la aplica, operarán las reglas sobre imputación legal del pago previstas por el artículo 1259 del Código. Es esta la forma de disipar incertidumbres, pues se suple por mandato legal la voluntad no manifestada.

Este criterio está inspirado por los artículos 2262 del Código Civil de 1852; 396 del Código alemán; 1023 del Código del Brasil; 1706 del Código ecuatoriano; 1663 del Código chileno; 1339 del Código venezolano; 372 del Código boliviano; 2196 del Código mexicano; 1722 del Código colombiano; 1249 del Código de Italia; 855 del Código portugués; 2987 del Proyecto de 1891; 882 del Proyecto Osorio y 650 del Proyecto Sánchez de Bustamante[2].

(1) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones.* Volumen XVII, tercera parte, Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2003, p. 226.

(2) *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, compilación de REVOREDO DE DEBACKEY, Delia, Lima, 1985.

De acuerdo con lo señalado por Raul Ferrero Costa[3], en el caso de quien tuviera varias deudas compensables, no se determinara a cuál de ellas debe aplicarse al oponer la compensación, regirán las reglas sobre la imputación legal del pago. Ello quiere decir que, para determinar cuál de todas las obligaciones se extingue, en primer lugar se debe considerar que se extingue la menos garantizada; entre varias igualmente garantizadas, se extingue la más onerosa para el deudor; y entre varias igualmente onerosas y garantizadas, la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.

Según la opinión de Fernando Carbonell Lazo[4], el deudor que invoca su propio crédito al oponer la compensación, debe necesariamente probar la existencia de dicho crédito.

Del análisis del artículo 1293 se infiere que existe una compensación convencional que opera cuando una persona tiene respecto de otra más de una deuda compensable, y por ello elige contra cuál de los créditos que a su vez tiene frente a su acreedor se compensará determinada deuda compensable, prevaleciendo la autonomía de la voluntad y la libre estipulación contractual, libremente convenida, no importando en este caso la antigüedad o la onerosidad de los créditos.

Existe también una compensación unilateral, invocada por una de las partes de la relación obligacional, sin especificar a cuál de los créditos se aplica la deuda compensable; para suplir esa eventual omisión o deficiencia, es la propia ley la que señala la remisión a las normas de la imputación del pago establecidas en el artículo 1259 del Código Civil.

Como bien indican Osterling y Castillo[5], 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 aquel, este crédito solo sería compensable con la o las deudas que reúnan los requisitos ya conocidos de reciprocidad, liquidez, exigibilidad y fungibilidad.

DOCTRINA

CARBONEL LAZO, Fernando y otros. Código Civil concordado, comentado, anotado. Tomo IX, Ediciones Jurídicas, Lima; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª ed. Grijley. Lima, 2000; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Volumen XVII, tercera parte, Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2003; PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Manual de Derecho Civil, Tomo II, 3ª ed. Editorial Huallaga. Lima, 2000; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil, Exposición de motivos y comentarios, Tomo V, Lima, 1985.

(3) FERRERO COSTA, Raul. *Curso de Derecho de las Obligaciones.* 3ª ed. Grijley. Lima, 2000, pp. 316-317.

(4) CARBONELL LAZO, Fernando y otros. *Código Civil concordado, comentado, anotado.* Tomo IX. Ediciones Jurídicas. Lima, p. 5397.

(5) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. cit.

Intangibilidad de los derechos adquiridos por efecto de la compensación

Artículo 1294.- ***La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre cualquiera de los créditos.***

Concordancias:
C.C. art. 1293

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO

Esta norma tampoco registra antecedentes en el Código de 1936 y también viene a ser un precepto novedoso, que excluye la posibilidad de que cualquier tercero se vea perjudicado en sus derechos adquiridos sobre alguno de los créditos compensables.

Osterling y Castillo Freyre[1] identifican que 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".

De igual modo, 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".

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".

Finalmente, el numeral 1261 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, disponía que: "La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre cualquiera de los créditos".

El artículo 1294 encuentra sus antecedentes en los artículos 1298 del Código francés; 2263 del Código Civil de 1852; 1294 del Código italiano de 1865; 1704 del Código ecuatoriano; 1661 del Código chileno; 1340 del Código venezolano; 373 del Código boliviano; 1298 del Código dominicano; 1024 del Código de Brasil; 2205 del Código mexicano; 1720 del Código de Colombia, 1250 del Código italiano; 223 del Proyecto franco-italiano, y 317 del Anteproyecto brasileño[2].

La norma bajo comentario consagra una regla clara: la compensación no perjudica los derechos adquiridos por terceros sobre uno de los créditos, porque ella constituiría *res inter alios acta*.

Según Carbonell Lazo[3], la compensación no perjudica los derechos adquiridos por terceros sobre cualquiera de los créditos, ya que solamente alcanza a la relación interna entre las partes, constituyendo *res inter alios acta* y por lo tanto no podrá perjudicar a quien pudiera tener derechos adquiridos sobre cualquiera de los créditos.

(1) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Volumen XVII, tercera parte, Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2003.

(2) "Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios", compilación de REVOREDO DE DEBACKEY, Delia, Lima, 1985.

(3) CARBONELL LAZO, Fernando y otros. *Código Civil concordado, comentado, anotado*. Tomo IX. Ediciones Jurídicas. Lima, pp. 5397-5398.

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,* el cual es un aforismo latino del Derecho Civil que alude al negocio jurídico realizado entre terceros, el mismo que no importa perjuicio ni beneficio a quien es ajeno.

Como ya se ha mencionado, la compensación es un medio de pago entre personas recíprocamente acreedoras y deudoras.

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.

Para Osterling y Castillo[4] 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.

Por otro lado, en el caso de que la compensación no sea posible por haberse vuelto exigible el crédito con posterioridad al embargo; o, habiendo sido exigible dicho crédito antes de aquel, recién se hubiera invocado la compensación después de trabado el embargo, ello 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.

Osterling y Castillo[5] citan un segundo ejemplo: el caso en que se hubiera expedido una resolución judicial amparado una demanda de alimentos, por la que se ordena embargar parte del sueldo de quien los debe. Si el deudor alimentario mantuviera una deuda –también dineraria– con su empleador, no podría oponer la compensación sino respecto a la parte del sueldo no embargada, pues la otra porción de la pensión alimenticia –la embargada– sería un derecho surgido a favor de un tercero y no podría ser afectada.

En nuestra opinión, la virtud de la norma bajo comentario consiste en establecer una regla clara y precisa, según la cual la compensación no puede afectar los derechos adquiridos previamente por terceros.

DOCTRINA

CARBONEL LAZO, Fernando y otros. Código Civil concordado, comentado, anotado. Tomo IX, Ediciones Jurídicas, Lima; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones. 3ª ed. Grijley. Lima, 2000; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Volumen XVII, tercera parte, Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2003. PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Manual de Derecho Civil, Tomo II, 3ª edición. Editorial Huallaga. Lima, 2000; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil, Exposición de motivos y comentarios, Tomo V, Lima, 1985.

(4) OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. Ob. cit.
(5) Ídem.

TÍTULO V
CONDONACIÓN

La condonación: definición, prueba y efecto

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.*

Concordancias:
C.C. arts. 143, 762, 1179, 1188; C.P.C. art. 339; C.T. arts. 27 inc. c), 41; LEY 26887 arts. 216, 218; LEY 27809 arts. 68, 82

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Antecedentes

La condonación fue regulada en el Código Civil de 1852 en su artículo 2244, prescribiendo que "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".

De manera similar, aunque suprimiéndose la mención al mandatario, fue recogido en el Código Civil de 1936, cuando en su artículo 1298 dice "de cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda hecho por el acreedor, termina la obligación".

Actualmente, el artículo 1295 no hace mención a *remisión* o *perdón voluntario*, habiéndose añadido la referencia del perjuicio que la condonación pudiera ocasionar en el derecho de tercero.

En el Derecho Comparado podemos tener como antecedentes el Código Civil de España, artículo 1187; el anterior Código de Argentina de 1869, artículos 873 y 874; el Código Civil de Uruguay, artículo 1474; el Código Civil de Japón, artículo 226; el BGB, artículo 397; el Código de Polonia, artículo 270; el Código Civil de México, artículo 2209; el Código italiano, artículo 1236 y el Código suizo de las Obligaciones, artículo 115.

2. Definición de la condonación

La condonación es un acto jurídico de liberalidad. Se dice que es de liberalidad –y no simplemente gratuito– dado que existe una reducción en el patrimonio de quien otorga la liberalidad en favor del beneficiario, quien proporcionalmente ve aumentado el suyo.

La condonación es sencillamente la renuncia del acreedor (condonante) a solicitar su crédito que, conforme al sistema civil peruano, debe requerir necesariamente de la aceptación del deudor (condonado), para que se produzca la extinción de la obligación. Es decir, que al ser de esencia bilateral se materializa a través de un contrato de cancelación o remisión de deuda.

Mediante la condonación el crédito se extingue definitivamente, sin que exista la posibilidad de su revocación por parte del acreedor, luego de consentida por el deudor, pues equivale al pago. Aunque, a decir verdad, debemos precisar que si la condonación se produce *inter vivos*, por su naturaleza jurídica deberá regirse por las reglas de fondo (mas no de forma) de la donación, pudiendo ser revocada por causales de indignidad (artículo 1637).

En la similitud fonética de la *condonación* y la *donación* puede advertirse el significado de esta figura jurídica, pues la condonación es un acto gratuito, de beneficencia, con *animus donandi*, en donde el acreedor no recibe nada a cambio. Evidentemente esta figura simplifica el tráfico jurídico, pues de no existir, el deudor tendría que cumplir con el pago al acreedor y este retornárselo inmediatamente a título de donación, siendo que para evitar este engorroso e innecesario mecanismo se reconoce a la institución de la condonación.

La condonación es conocida como remisión de la deuda, pues constituye el abandono gratuito que el acreedor hace de sus derechos al deudor. Si este abandono no es gratuito, no habrá remisión de la deuda sino, según los casos, una novación o una dación en pago. La remisión de la deuda es, pues, en principio una liberalidad; la que, como toda liberalidad, puede hacerse ya por actos a causa de muerte, ya por actos entre vivos (COLIN y CAPITANT).

La condonación es un acto abdicativo por parte del condonante, que renuncia a un derecho; no lo transfiere o sustituye; por lo que la obligación se extingue en forma absoluta. La posibilidad de tal remisión se explica de inmediato considerando que todo crédito, como todo derecho privado subjetivo, es de interés fundamentalmente solo del titular y, como tal, renunciable (LEÓN BARANDIARÁN).

Resulta interesante la explicación de Manuel Bejarano Sánchez quien distingue entre *renuncia* y *remisión*. La renuncia, señala el autor mexicano, es la dimisión voluntaria de cualquier derecho, se renuncia a cualquier derecho. Así, se puede renunciar a la propiedad o copropiedad; se puede renunciar a derechos de autor o de patente; puede renunciarse, en suma, a un derecho de usufructo o a una servidumbre y es posible, asimismo, la renuncia de una herencia, que está constituida por una masa o serie de derechos, de diversa naturaleza, fundidos dentro del patrimonio que fue del difunto.

En todos los casos antes citados, la renuncia es un acto unilateral de dimisión de facultades jurídicas, pero, cuando se renuncia a un derecho personal, la renuncia –que merece el nombre de remisión de deuda– implica la conformidad del obligado (se está disponiendo de su derecho a pagar) y constituye un acto bilateral (BEJARANO).

En breve referencia a la condonación como acto jurídico abstracto, el maestro León Barandiarán, siguiendo a Staudinger, nos dice que la remisión es un acto abstracto, es decir, desvinculado de causa; por lo tanto, aquella resultará inatacable en base a que la causa para proceder a la condonación fuera defectuosa. Este carácter abstracto de la remisión se destaca de la Exposición de Motivos del BGB en que se dice: "Para la eficacia del contrato (de remisión) no es necesaria la indicación de la causa. La eficacia del contrato no queda excluida por el hecho de que los contratantes hayan previsto determinada causa que no exista o que sea inválida. Las prescripciones sobre repetición por razón de prestaciones ilegítimas quedan inafectadas".

3. Gratuidad de la condonación

En opinión del maestro José León Barandiarán, "no puede hablarse de una remisión a título oneroso; lo que implica una contradicción *in adjecto*. Esto se comprende perfectamente si se repara en que la remisión es un acto abstracto, en el cual no hay por qué investigar si se produce en virtud de una causa *donandi* o no. El carácter gratuito resulta del efecto propio de la condonación: la extinción pura y simple del crédito, sin que derive una contraprestación, en cambio, en favor del condonante. La condonación es, pues, un acto sui géneris, que puede consistir sea en un contrato de liberación del deudor, como en la *aceptilatio* en el derecho romano (y en el cual caso va ínsita dentro del contrato, la circunstancia del *animus*

donandi, sin que esta empero tipifique al contrato), sea en una mera renuncia por el acreedor a exigir el crédito, como era el *pactum de non petendo*".

La gratuidad es un elemento esencial de este acto jurídico extintivo o remisivo, su ausencia determinaría que se configure un acto distinto que responda por las normas de las prestaciones onerosas (resolución por incumplimiento, mora, etc.). En este sentido, el condonante no debería recibir un bien, crédito o servicio a cambio de la condonación.

4. La unilateralidad o bilateralidad de la condonación en el Código Civil

En verdad existen Códigos que consideran que la condonación puede efectuarse de manera unilateral (como los Códigos Civiles de España y Cuba, por ejemplo); sin embargo nuestro cuerpo civil, tan igual como otros tantos (como el BGB y el Código suizo de las Obligaciones), considera que la condonación es necesariamente un acto jurídico bilateral.

Así, pues, el codificador nacional introdujo en la condonación una perspectiva del pago como un "derecho del deudor". Por ello, el artículo 1295 no admite sino que este negocio jurídico tiene que efectuarse "de común acuerdo entre el acreedor y el deudor", pues estima atendible que no se pueda desobligar al deudor sin su consulta y aprobación. Vale decir, que para el Derecho Civil peruano la condonación es necesariamente un acto jurídico bilateral entre el acreedor y el deudor.

Según Osterling, la condonación solo podría darse por contrato, pues sin el consentimiento no se le puede imponer a nadie una liberalidad; "las donaciones, es decir, los actos de liberalidad *inter vivos,* requieren de la aceptación del donatario para que surtan efecto. En actos de disposición *mortis causa* a título gratuito, queda abierta al heredero o legatario la posibilidad de renuncia" (OSTERLING). 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, a 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 (OSTERLING y CASTILLO).

Debemos reconocer que existen motivos justificados que pueden llevar a pensar que la condonación solo deba darse jurídicamente mediante un contrato, rechazándose la unilateralidad de esta forma de extinguir obligaciones civiles. Sin embargo, somos de parecer contrario a la bilateralidad como forma exclusiva y excluyente. Por eso, no compartimos la posición sustentada por Osterling y Castillo, pues existen supuestos en donde se libera al deudor de la obligación aun contra su voluntad, como acontece en el caso de la novación por expromisión –tema que ya hemos abordado en el comentario del artículo 1282–, siendo que en esta situación no ha primado en nuestro Código Civil el criterio por el cual se considere que el deudor pueda oponerse para ejercer el derecho al pago de su deuda. Es decir, que nuestro Código nacional en otros artículos, distintos a la condonación, niega la existencia del proclamado derecho del deudor a pagar su deuda.

En tal sentido, si se modificara el artículo 1295 permitiendo la condonación unilateral, no se estaría sino reconociendo una práctica existente, pues no es difícil imaginar la cantidad de actos extintivos unilaterales que los particulares realizan creyendo que efectúan una condonación, cuando –conforme a lo expresamente señalado por el artículo 1295– esta solo se realiza de manera bilateral. Y es que por un principio de autonomía de la voluntad, a cualquier purista le sería difícil negar la validez de los actos de perdón voluntarios

(como denominaban a las condonaciones los Códigos de 1852 y 1936) que se realicen de manera unilateral por los acreedores, como sí los reconocen algunos Códigos extranjeros.

En esta línea encontramos la opinión de los destacados autores españoles Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, quienes comentan que "es un problema sumamente discutido en la doctrina si la condonación es un negocio unilateral o bilateral, es decir, si no necesita o, por el contrario, necesita del consentimiento o aceptación del deudor para que se produzca su efecto. Es mayoritaria la doctrina que estima la bilateralidad, por lo que el acreedor no podrá liberar al deudor sin su consentimiento. (...) Contra la bilateralidad de la condonación puede argumentarse que no hay ninguna razón para que el acreedor pueda disponer del crédito extinguiéndolo, de la misma forma que puede disponer de él cediéndolo a un tercero, para lo que no necesita consentimiento del deudor. Por otra parte, que el acreedor puede liberar al deudor sin su consentimiento, lo demuestra el hecho de que está legitimado para recibir el pago de un tercero, aunque a ello se oponga el deudor" (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

Conviene, pues, revisar el planteamiento del artículo 1295, en tanto si resulta eficiente mantener el carácter bilateral de la condonación o debería abrirse a la unilateralidad. Debe tomarse en cuenta, además, que al ser la condonación necesariamente bilateral, tiende a confundirse por sus efectos jurídicos con otra figura recogida en nuestro Código, como es el mutuo disenso (artículo 1313), a tal punto que carece de sentido tener dos actos jurídicos extintivos de obligaciones que cumplen en la práctica la misma función.

5. Similitud con el mutuo disenso. Efectos y prueba de la condonación

Nuestro Código Civil no define la condonación, tan solo señala en su artículo 1295 que se extingue la deuda si es que la condonación se puede probar por cualquier medio, sin perjuicio del derecho del tercero.

Como hemos afirmado, la condonación bilateral, por sus efectos, es similar al mutuo disenso (en su versión patrimonial), a tal punto que resulta sumamente difícil en determinados casos distinguir una de otro. Sin embargo, algunos señalarán que a través de la prueba se puede dirimir tal debate. Ahora bien, en la práctica esto no funciona plenamente, quedando a facultad del intérprete el calificar el acto extintivo como condonación o como mutuo disenso.

Al final, la distinción se vuelve puramente teórica, pues se podría señalar que si "por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto disenso" (artículo 1313), entonces, este requiere de la celebración previa de un acto jurídico; mientras que en la condonación se perdona una prestación o deuda generada por un acto jurídico o de manera distinta a él, como puede ser aquella que surge del daño aquiliano. Tal discusión desaparecería si el codificador nacional se hubiera inclinado por acoger la unilateralidad de la condonación en el artículo 1295.

De otra parte, los actos de condonación de una prestación *inter vivos*, pueden tener las mismas consecuencias legales que la donación inoficiosa (artículo 1629), en tanto que el acreedor vía la condonación puede disponer de bienes y derechos más allá de lo permitido por las normas. En estos casos, el exceso de la condonación puede ser declarado como inoficioso y, por lo tanto, inválido en cuanto a la parte que excede de lo permitido al acreedor. La misma regla se aplica a la condonación *mortis causa*, bajo las reglas de la colación (artículo 831). Queda claro que serán los terceros perjudicados en sus derechos quienes tienen legitimidad para solicitar la ineficacia total o parcial de la condonación o remisión de la prestación.

6. Casos en que no procede la condonación

Existen disposiciones no solo de orden civil, sino de distinta naturaleza jurídica que prohíben al acreedor la condonación de la deuda, principalmente por temas de interés social; a saber, se prohíbe la condonación en los siguientes casos:

a) Cuando versa sobre las obligaciones alimenticias.

b) Cuando resulte ser por deudas que se deriven de infracciones penales.

c) Cuando se refiera a las acreencias tributarias dentro de un proceso concursal.

d) Cuando trate sobre deudas de carácter laboral, entre otras.

DOCTRINA

COLIN, Ambrosio y H. CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo III, 2ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1943; FLORENSA I TOMAS, Carles Enric. La condonación de la deuda en el Código Civil (estructura y objeto del negocio remisivo). Ed. Civitas, Madrid, 1996; MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil español. Tomo VIII, Volumen 1, Sexta Edición, Ed. Reus, Madrid, 1967; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; OSTERLING PARODI, Felipe. Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V, compiladora Delia REVOREDO DE DEBAKEY, Lima, 1988; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, WG Editor, Lima, 1991; PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de Droit civil, Tomo II, París, 1921; BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, Harla, México D.F., 1980; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derechos de las Obligaciones. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1988.

Efectos de la condonación a uno de los garantes

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.

Concordancias:
CC. arts. 1188, 1900

VLÁDIK ALDEA CORREA

1. Antecedentes

El Código Civil de 1852 tiene tres artículos como antecedentes de la norma bajo comentario. Así, el artículo 2245 indicaba que "el perdón hecho a uno de los deudores mancomunados, extingue la obligación, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar á los otros. En este último caso, el perdón es de la parte que debía pagar el deudor mancomunado".

Por otra parte, haciendo mención a los fiadores en vez del genérico garantes, el artículo 2246 señalaba que "la condonación hecha á 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, rebajando la parte que corresponda al que fué perdonado". Finalmente, el artículo 2247 apuntaba que "quedan libres los fiadores, si es perdonado el deudor".

Nuestro Código Civil de 1936 también le dedicaba tres artículos, a saber el 1299 que prescribía que "el perdón hecho a uno de los deudores solidarios, extingue la obligación, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar a los demás". De igual modo, el artículo 1300 hablaba que "la condonación hecha a uno de los fiadores, no extingue la obligación del deudor principal, ni de los demás fiadores". Por último el artículo 1799, referido a la fianza, señalaba que "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".

2. Condonación de los garantes. Regla de lo principal y lo accesorio

"La obligación accesoria sigue la suerte de la principal", es una regla en el Derecho, por ello, cuando se produce la condonación del deudor principal, esta genera la extinción de las garantías reales (hipoteca, prenda y anticresis) o personales (fianza) que se encontraban subordinadas a la obligación principal. En nuestro Código no encontramos una referencia expresa a esta regla, como sí lo hace el Código Civil de México cuando estipula que "la condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias, pero las de estas deja subsistente la primera" (artículo 2210).

Incluso, no se admite la posibilidad de que el acreedor condonando al deudor principal se reserve legalmente el derecho de cobrar a los garantes. Así, se ha dicho que sobre la posibilidad de que el acreedor condone al deudor y reserve sus derechos contra los garantes, el criterio generalizado es porque ello no procede, ya que de lo contrario la liberación del deudor no sería completa por cuanto siempre estaría expuesto a la acción de regreso ejercitable por los garantes (LEÓN BARANDIARÁN y FERRERO).

El artículo 1296 dispone que cuando el acreedor condona a un garante, esta condonación no conlleva la liberación del deudor principal, ni la de sus cogarantes. El acuerdo bilateral entre el acreedor condonante y el garante condonado no extingue las obligaciones de quienes no participaron del referido acuerdo.

Sin embargo, la condonación a favor de un garante puede generar efectos diversos en los otros cogarantes, dependiendo si han formulado su asentimiento o no, principalmente cuando las obligaciones de los cogarantes se rigen por las reglas de la solidaridad, pues, conforme lo manifiestan Osterling Parodi y Castillo Freyre, "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 a favor de alguno de los otros".

Así tenemos que en las obligaciones solidarias, los cogarantes se beneficiarán o no de la condonación de sus obligaciones, dependiendo si han prestado su asentimiento o si este ha estado ausente.

2.1. Condonación hecha en favor de uno de los garantes, con el asentimiento de los demás garantes

En este caso los cogarantes (distintos al condonado), no se beneficiarán de la extinción de sus obligaciones, pues con su participación o asentimiento consienten en excluir al garante beneficiado con la remisión, consecuentemente asumirán el íntegro de la deuda entre los restantes cogarantes. Así, si existen dos garantes solidarios y uno de ellos asiente la condonación de otro, tenemos que el garante que se mantiene como tal, responderá por el total de la obligación principal.

2.2. Condonación hecha a favor de uno de los garantes, sin el consentimiento de los demás cogarantes

Como se sabe, la liberación de un garante por condonación no extingue las obligaciones de los demás cogarantes, pero sí los aprovecha en parte. Si un garante solidario es beneficiado por condonación del acreedor sin el asentimiento de sus solidarios, la parte o cuota que le correspondía de la obligación será excluida de la totalidad de la garantía o de la deuda, dependiendo el caso (recibiendo en esta instancia un tratamiento de obligación mancomunada). Así, existiendo dos garantes solidarios, uno de ellos es liberado por condonación sin el consentimiento del otro; debiera entenderse que la garantía de la deuda principal se ha reducido a la mitad, pues esta condonación aprovecha parcialmente al no condonado hasta la parte del garante beneficiado con la extinción de su obligación.

3. La condonación del garante y la situación del deudor principal

Tal como reza la norma 1296, el deudor principal no queda liberado por el hecho de que el acreedor, por cualquier motivo que considere prudente, decide celebrar un acto jurídico extintivo de remisión con un garante, quien expresando su aceptación queda exonerado de su obligación civil. El deudor principal continúa obligado a cumplir con la prestación en su integridad, pues lo principal no puede seguir el destino de lo accesorio.

Asimismo, el deudor principal no se ve aprovechado por la condonación de uno de sus garantes, aunque haya prestado su consentimiento expreso (a diferencia de lo que acontece

con los cogarantes solidarios que dan su asentimiento a la remisión de uno de ellos, como hemos analizado anteriormente). La obligación del deudor directo se mantiene intacta, no sufre una disminución o alteración alguna, pues la norma se pone en el supuesto en que el acreedor no ha querido renunciar a su acreencia, sino tan solo liberar a un responsable subsidiario y, por lo mismo, accesorio a ella, preservando el vínculo obligacional con su deudor y con el resto de los garantes.

DOCTRINA

COLIN, Ambrosio y H. CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo III, 2ª edición, Reus, Madrid, 1943. FLORENSA I TOMAS, Carles Enric. La condonación de la deuda en el Código Civil (estructura y objeto del negocio remisivo). Ed. Civitas, Madrid, 1996; MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil español. Tomo VIII, Volumen 1, Sexta Edición, Reus, Madrid, 1967; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; OSTERLING PARODI, Felipe. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo V, compiladora Delia REVOREDO DE DEBAKEY, Lima, 1988; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, WG Editor, Lima, 1991; PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de Droit civil, Tomo II, París, 1921; BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, Harla, México D.F., 1980. FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derechos de las Obligaciones. Cultural Cuzco, Lima, 1988.

La condonación presunta

Artículo 1297.- ***Hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquella, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado.***

Concordancias:
C.C. arts. 141, 1226, 1230, 1231, 1298, 1299

VLÁDIK ALDEA CORREA(*)

1. Antecedentes

El artículo 1297 del Código Civil de 1984, referido a la condonación presunta, no tiene antecedentes en el Código Civil de 1852.

Fue recién en el Código Civil de 1936, cuando en su artículo 1301 se empieza a hablar de la presunción de la condonación, al establecer que "habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que constare, si el deudor no alegase que la ha pagado". Sin embargo, es en el Código de Napoleón (artículos 1282, 1283 y 1284) y, posteriormente, en el Código Civil de España (artículo 1188) y en el anterior Código Civil de Argentina de 1869 (artículo 879), en donde podemos encontrar su fuente normativa.

2. Condonación presunta

Como se sabe, el Código Civil opera en la mayoría de los casos como un elemento subsidiario a la regulación de las relaciones entre privados, para dicho fin se trabaja en base a una serie de presunciones cuyo objetivo es llenar vacíos que se presentan en los actos jurídicos de la vida cotidiana, cuando los privados no prevén ciertos contextos, situaciones o controversias que se pueden presentar.

La presunción *juris tantum*, que bien viene a consagrar el artículo 1297 de nuestro Código Civil, hace referencia al caso de la entrega por parte del acreedor en forma voluntaria del documento original en que consta la obligación al deudor, haciendo funcionar el mecanismo de la presunción a su favor, dejando en la posibilidad al deudor de manifestar lo contrario en caso de ser necesario y si el contexto lo amerita.

Ahora bien, el comentado dispositivo civil establece la presunción a favor del deudor para el cual se dará la figura de la condonación presunta; la norma sigue el precedente establecido por el artículo 1301 del Código de 1936. La razón de dicha disposición se puede explicar, como señalan Colin y Capitant, en "el acto del acreedor que pone en manos del deudor la única arma que le permitiría obligarle a pagar solo puede explicarse por su voluntad a renunciar a la persecución".

Si bien es cierto que de acuerdo con lo que se señala en el Código Civil, significaría que el acreedor estaría mediante dicho acto condonando tácitamente su acreencia, hay que tener en cuenta que para que ello se produzca tendrán que darse los supuestos establecidos en la norma para que se surtan efectos. En primer lugar, el documento en el cual se deja constancia de la obligación deberá haber estado en manos del acreedor y que luego él le haya hecho entrega voluntaria del documento. En segundo lugar, el documento entregado deberá ser el

(*) El presente comentario se preparó con la colaboración de Edgar Aparicio Zavaleta.

original, esto habrá que señalarlo ya que a diferencia del Código francés, se permite la entrega de una copia del título[1]. Y por último, que la entrega del documento haya sido realizada en forma voluntaria, en este último punto habrá que realizar una interpretación de lo señalado en dicho artículo, ya que no se establece en forma expresa como en otros Códigos la voluntariedad de la entrega, como sí se señala en el caso de la entrega de la prenda con relación a la condonación (artículos 1298 y 1299), por ello, realizar una interpretación literal del artículo 1297 sería desnaturalizar la figura y permitir la realización de actos de abuso.

Sobre si el documento debe mantenerse en posesión del deudor para que se configure la condonación, ello no importará, teniéndose en cuenta que la norma exige la entrega del documento, más que el hecho de que el deudor mantenga su posesión; por ello, si bien es cierto que tendrá un gran valor probatorio que el documento se conserve en manos del deudor, la presunción a su favor se mantendrá aun cuando el documento se encuentre dañado o haya desaparecido. La acción relevante para que la norma surta efectos, será la entrega por parte del acreedor del documento, entendiéndose que dicha entrega debe ser voluntaria.

Por ello, en caso que el acreedor quiera defenderse frente a las consecuencias de sus actos, deberá afirmar en este caso que no se configuró lo señalado en el artículo que es la entrega voluntaria del documento que acredita la deuda, sino que fue producto de algún otro tipo de contexto o que nunca materializó la entrega voluntariamente. Pero es importante tener en cuenta que si la presunción opera a favor del deudor, estará en manos del acreedor demostrar que la entrega del documento no fue realizada por él o, en caso contrario, que aquella no se hizo de manera voluntaria.

3. La condonación tácita y la presunta

Un tema importante a tener en cuenta en relación con el artículo bajo análisis es saber distinguir entre la condonación tácita y la presunta. Respecto a la norma, esta maneja dos momentos, el primero que respecto a la realización del hecho que es la entrega del documento al deudor por parte del acreedor, este hecho genera un efecto que es la condonación de la deuda por parte del acreedor al deudor, sin que exista una declaración de voluntad expresa para que surta sus consecuencias, ya que la simple naturaleza de la acción hace inferir la voluntad del acreedor.

En segundo momento se establece la presunción de la norma, al señalar que si bien es cierto que la entrega del documento original constituye la condonación de la deuda, en caso que el deudor pruebe que ha pagado su obligación, esta presunción desaparece. Ahora bien, con dicha entrega el deudor queda liberado de su obligación y el acreedor, por más que no haya tenido la intención de realizar dicho acto de liberalidad, sino por un contexto determinado le entregó el documento original, significará la condonación de la obligación y por tanto su extinción.

La distinción entre una manifestación tácita y presunta está en primer lugar, como señala el artículo 141 del Código Civil, donde la simple acción hará que se infiera voluntad. En el caso de la presunción esta producirá efectos hasta que se demuestre que el hecho del cual se generan los efectos jurídicos no tiene relación con la realidad o la voluntad del obligado; en este caso si bien se produjo una entrega voluntaria del documento originario de la obligación

(1) Código Civil de Francia. "Artículo 1283.- La entrega voluntaria de la copia del título hace presumir la remisión de la deuda o el pago, sin perjuicio de la prueba en contrario".

por parte del acreedor, este acto no se produce por un acto de liberalidad del acreedor de querer extinguir la obligación sino que es producto del cumplimiento del deudor que al haberse realizado el pago, el acreedor en señal de contraprestación entrega el documento original en donde se recoja la obligación.

Es importante tener en cuenta la figura de la manifestación tácita en la condonación, considerando que a diferencia de otros Códigos, como el español[2], el nuestro no señala abiertamente la posibilidad de que tácitamente se pueda realizar una condonación, salvo cuando excepcionalmente regula la figura de la condonación presunta.

4. Entrega del documento original como manifestación tácita de condonar

Tomando en cuenta que la condonación consiste en el acto jurídico por el cual el acreedor renuncia voluntariamente a su acreencia, generando la extinción de la deuda en favor del deudor, podemos advertir fácilmente que en la condonación el rol de la voluntad del acreedor desempeña una función importante como elemento esencial del acto remisivo. Así, el artículo 1297, al regular el único caso de la condonación presunta, señala que "hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquella, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado".

Esta conducta (entrega del documento original) ha sido entendida por el codificador nacional como una manifestación tácita de la voluntad del acreedor de querer condonar o perdonar al deudor. En verdad, es difícil negar que la entrega voluntaria del documento original, constituya en realidad un pago o una condonación tácita. Si el acreedor accede a entregar el documento original de su deuda, lo hace porque el deudor ha cumplido con el pago o porque ha decidido condonarle la deuda. Por ello, en opinión de muchos, el atribuir carácter de presunción de condonación a la conducta por la cual el acreedor entrega el documento obligacional, resultaría innecesario, tomando en cuenta que dicho acto es claramente una manifestación tácita de la voluntad del acreedor de devolver el título ante la cancelación de la deuda o de condonar la misma. Si el acreedor no decidiera atribuir a su conducta los dos significados antes mencionados, pues no entregaría el documento original sino más bien lo detentaría para poder ejercer las acciones de pago contra el deudor, ya que su entrega es un acto tácitamente incompatible con las acciones de cobranza.

Sin embargo, el artículo 1297 ha decidido reforzar el significado tácito que la entrega del documento original se presume como condonación de la deuda, no obstante que las reglas de presunción se aplican preferentemente ante la ausencia de toda manifestación de voluntad, es decir, cuando los particulares no la exteriorizan, ya sea de manera expresa o tácita.

Distinto sería en el caso que el acreedor se negara a recibir el pago del deudor. En esta situación deberían estudiarse las circunstancias para determinar la voluntad tácita del acreedor. De primer momento no se podría decir que la negativa del acreedor de recibir el pago de la deuda equivale a condonación tácita, pues en nuestro ordenamiento civil existen diversas

(2) Ello explica por qué la doctrina española, al analizar los supuestos de los artículos 1188 y 1189 de su Código Civil, los cuales se deben tener como antecedentes inmediatos del artículo bajo análisis, hace referencia a una presunción de condonación que a una condonación tácita, como señala Pérez Gonzales y Alguer, citado por Carles Enric Florensa: "Manifestación tácita de voluntad es aquella que resulta de hechos incompatibles con la voluntad contraria, y al hablarse en el artículo 1187 de la condonación tácita se alude a todas las condonaciones que se hagan de esa suerte y no solo a la que resulte de los supuestos de los artículos 1188 y 1189, porque entonces resultaría inútil la mención de la condonación tácita en el artículo 1187".

situaciones por las cuales el acreedor puede negarse justificadamente al pago sin que esto constituya una remisión tácita en favor del deudor. Así, podemos mencionar que por un principio de integridad del pago (artículo 1221), el acreedor puede negarse a recibirlo porque el mismo se efectúa de manera parcial y no íntegramente, como tiene derecho. Tampoco habrá condonación tácita cuando el acreedor se niegue a recibir el pago porque el deudor lo realiza con moneda distinta a la nacional (artículos 1234 y 1237), o cuando exista algún otro motivo justificativo de tal rechazo, siendo que, dependiendo las circunstancias, también se podría hablar de una mora del acreedor (artículo 1338), pero no de una condonación tácita.

5. Efectos en el caso de obligaciones mancomunadas y solidarias

Sobre los alcances de la aplicación de este artículo en el caso de las obligaciones mancomunadas y solidarias, no varían respecto a lo que se pueda comentar sobre el artículo anterior, pero habrá que tener unos puntos en cuenta.

En principio, respecto a las obligaciones mancomunadas, en el caso de que a uno de los deudores le haya sido entregado el documento que origina la obligación, esto podría significar la remisión de la deuda en forma exclusiva de dicho deudor, como menciona Manresa, al comentar la condonación en el Código Civil español, "tratándose de una obligación que solo sea simplemente mancomunada, la independencia y distinción características de las diversas deudas hacen que de la existencia del documento en poder de uno de los deudores solo se debe presumir la remisión hecha en su favor exclusivo". Aunque ello no impide que al ser la presunción favorable a un deudor, los otros codeudores puedan probar lo contrario.

En el caso de las obligaciones solidarias no existirá impedimento de aplicar la regla general contenida en el artículo 1188, por la cual la celebración de la condonación (así como otros actos extintivos como la transacción, novación o compensación), entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores. Como muy bien lo señalan Barbero, citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, "la remisión a favor de un deudor solidario libera también a los demás, a no ser que el acreedor haya reservado expresamente, al efectuar la remisión, el propio derecho respecto de ellos, pues naturalmente en tal caso el acreedor no puede exigir de los otros la prestación entera". Con lo cual la entrega del documento a un deudor solidario significará operar la presunción a favor no solo del deudor solidario al cual se le ha hecho entrega del documento, sino también a favor de los otros deudores solidarios.

En caso referirnos a los coacreedores, la condonación hecha mediante la entrega del documento por parte de uno de los acreedores podría tener una gran significación, teniendo en cuenta que dicho acreedor tendrá que responder por sus actos si es que, producto de la entrega del documento, se produce la condonación íntegra de la deuda. En esa línea, deberá responder frente a sus coacreedores por lo que se dejó de percibir producto de su acción en perjuicio de sus acreedores solidarios.

6. La ausencia de la voluntad en el artículo 1297

Como apreciamos, se considera que hay condonación cuando el acreedor entrega el documento o título de la deuda, debiendo ser esta entrega voluntaria por parte del acreedor, es decir, no estar sometido a eventos que alteren su libertad de manifestación, como pudiera ser por dolo, amenaza, violencia o error. Asimismo, al exigirse que la entrega del documento sea voluntaria, no puede decirse que se presume la condonación si el deudor hurtó el mismo

o que, estando perdido, fue encontrado por él, aspectos sobre los cuales no se pronuncia el artículo 1297.

Hay que tener en cuenta que este artículo no ha recibido mayores cambios desde su formulación en su antecedente (artículo 1301 del Código de 1936); además sin que exista una mayor crítica a su redacción, sería muy significativo establecer de manera expresa lo que la doctrina exige, que es la voluntariedad por parte del acreedor en la entrega del documento original de la deuda, para que operen plenamente los efectos del artículo 1297, lo cual es señalado en otros Códigos extranjeros.

DOCTRINA

COLIN, Ambrosio y H. CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo III, 2ª wdición, Reus, Madrid, 1943; FLORENSA I TOMAS, Carles Enric. La condonación de la deuda en el Código Civil (estructura y objeto del negocio remisivo). Civitas, Madrid, 1996; MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil español. Tomo VIII, Volumen 1, 6ª edición, Reus, Madrid, 1967; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Los medios extintivos distintos al pago y las obligaciones indivisibles y solidarias. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales, Año LI, N° 18, Trujillo, enero 2001; OSTERLING PARODI, Felipe. Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V, compiladora Delia REVOREDO DE DEBAKEY, Lima, 1988; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, WG Editor, Lima, 1991. PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de Droit Civil, Tomo II, París, 1921; BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, Harla, México D.F., 1980; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derechos de las Obligaciones. Cultural Cuzco, Lima, 1988.

Presunción de devolución voluntaria de la prenda

Artículo 1298.- *La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario.*

Concordancias:
C.C. art. 1299

Condonación de la prenda

Artículo 1299.- *La devolución voluntaria de la prenda determina la condonación de la misma, pero no la de la deuda.*

Concordancias:
C.C. art. 1298

MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

El legislador de 1984 redactó los artículos 1298 y 1299 para que sirvan de complemento a la regulación de la prenda prevista en el Libro de Derechos Reales. De hecho, ambos artículos se enmarcaban en la causal de extinción de la prenda por renuncia del acreedor[1], en los casos que este procedía a su condonación.

La idea era simple: como el (ahora derogado) artículo 1055 del Código establecía que la prenda se constituía sobre un bien mueble, generalmente mediante su entrega al acreedor, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, entonces, si el bien se encontraba en poder del deudor, debía presumirse que el acreedor prendario lo había devuelto de forma voluntaria (1298). Pero no solo eso, sino que esto implicaba que el acreedor había condonado la garantía (1299).

Y esto resultaba completamente lógico, en la medida que la regulación de la prenda tradicional privilegiaba la entrega del bien al acreedor (la llamada "entrega física"). Entonces, si el bien estaba en poder del deudor, se debía entender, salvo prueba en contrario, que el acreedor se lo había devuelto como muestra de haberse extinguido la garantía. Esa era la lectura que debía hacerse de ambos artículos hasta mayo de 2006, oportunidad en la que entró en vigencia la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677.

Y es que dicha norma, como se recuerda, dispuso la eliminación de la prenda y, por ende, suprimió todo el articulado previsto en el Libro de Derechos Reales del Código Civil que la regulaba (artículos 1055 al 1090).

La Ley de la Garantía Mobiliaria significó un cambio importante en la regulación de las garantías reales sobre bienes muebles. Según su artículo 3, la garantía mobiliaria (que sustituyó a la prenda tradicional) debía ser entendida como la afectación de un bien mueble

(1) Código Civil: Artículo 1090 (derogado).- La prenda se acaba por:
1. Extinción de la obligación que garantiza.
2. Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.
3. Renuncia del acreedor.
4. Destrucción total del bien.
5. Expropiación.
6. Consolidación.

mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación. Además, se detalló que la garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble.

A lo largo de la norma, igualmente, se regulan diversas disposiciones sobre su constitución, ejecución, publicidad, etc. Por ello, como ya se ha dicho, se dispuso expresamente la derogación de los artículos del 1055 al 1090 del Código Civil. Asimismo, en su sexta disposición final se estableció que se deben entender por derogadas tácitamente "todas las leyes y demás disposiciones que se le opongan". La pregunta es ¿esta sanción también incluye a los artículos 1298 y 1299 bajo comentario? Consideramos que no, por las razones que expondremos a continuación.

El artículo 17 de la Ley de la Garantía Mobiliaria, al regular su constitución, establece que "[l]a relación jurídica entre las partes derivada de la garantía mobiliaria sobre el bien mueble se constituye mediante acto jurídico constitutivo unilateral o plurilateral, debidamente otorgado con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación. Para que la garantía mobiliaria sea oponible frente a terceros debe estar inscrita en el Registro correspondiente (...)".

Igualmente, dicho artículo establece que "[e]l acto jurídico constitutivo constará por escrito y podrá instrumentarse por cualquier medio fehaciente que deje constancia de la voluntad de quien lo otorga, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares (...)".

Por lo tanto, queda claro que la Ley de la Garantía Mobiliaria estableció una formalidad *ad probationem*[2] para el acto constitutivo de la garantía mobiliaria, pues si bien se señala que debe constar por escrito, no sanciona con nulidad la inobservancia de este requisito. Es decir, el incumplimiento de dicha forma escrita no afectará la validez del acto constitutivo. Nótese además que la inscripción registral es solo para efectos de oponibilidad frente a terceros, pero el acto subsiste *inter partes*.

Por lo tanto, bajo el régimen de la Ley N° 28677, es perfectamente posible que la garantía sobre un bien mueble pueda celebrarse mediante un acuerdo verbal y, además, con la entrega del bien al acreedor (es decir, con desposesión); esto es, un régimen similar al de la prenda tradicional.

Siendo así, pienso que los artículos 1298 y 1299 del Código Civil tienen que leerse, en atención a la normativa actual, de la siguiente manera: en la garantía mobiliaria con desposesión, si el deudor se encuentra en poder del bien, deberá presumirse su devolución voluntaria por parte del acreedor (artículo 1298) y, además, en este caso, se entenderá que dicha devolución determina la condonación de la garantía mobiliaria, pero no de la deuda (artículo 1299).

De esta manera, ambos artículos del Código Civil, pese a la supresión de la prenda, aún hoy mantienen plena vigencia. Obviamente, dichos preceptos no serán aplicables en aquellas garantías constituidas sin desposesión del bien, es decir, cuando se pactó que el deudor conserve en su poder la garantía; lo que, por supuesto, tampoco era aplicable para la prenda jurídica regulada en el texto de 1984. Y esto por una razón sencilla: si el deudor siempre estuvo en posesión del bien, entonces, no corresponde aplicar la presunción de que este fue devuelto por el acreedor y, mucho menos, que ello implique la extinción de la garantía.

(2) Código Civil: Artículo 144.- Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto.

Ahora bien, esta situación puede cambiar próximamente: en setiembre de 2018 se publicó el Decreto Legislativo N° 1400, decreto legislativo que aprobó el nuevo régimen de garantía mobiliaria, que sustituirá a la Ley N° 28677. Y, aunque aquella norma actualmente se encuentra en suspenso[3], resulta interesante preguntarnos si los artículos 1298 y 1299 aún podrían tener vigencia o, en todo caso, ser de alguna manera aplicables cuando entre en vigencia dicha norma. Veamos.

El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1400 establece que la constitución de la garantía mobiliaria "puede darse con posesión o sin posesión del bien en garantía. Asimismo, cualquiera de los casos anteriores puede o no contar con un contrato de control por parte del acreedor garantizado sobre los bienes en garantía".

Igualmente, se establece que "se denomina garantía mobiliaria con posesión o posesoria cuando se entrega la posesión del bien al acreedor garantizado o a un tercero depositario. Se constituye al momento en que el deudor garante entrega la posesión de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario designado por este. Dicha constitución debe constar por cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes **bajo sanción de nulidad**, el cual debe formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes".

Entonces, en este nuevo régimen de la garantía mobiliaria podemos apreciar que el legislador ha optado, a diferencia de lo que sucede en la Ley N° 28677, por establecer una formalidad *ad solemnitatem* para el acto constitutivo de la garantía, consistente en cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes; siendo este un requisito indispensable para la validez del acto[4]. No será necesaria la escritura pública, pues puede darse a través de firmas legalizadas o incluso manuscritas; pero sí se exige un documento que contenga el acto constitutivo de la garantía mobiliaria.

Siendo así, ¿podría subsistir un régimen en el que se extinga la garantía mobiliaria por la devolución voluntaria del bien que realice el acreedor a favor del deudor? Consideramos que no. Y esto es así porque la norma, como hemos visto, ha previsto una formalidad solemne para la constitución de la garantía mobiliaria y, por lo tanto, su modificación o extinción debe seguir el mismo camino[5].

Es por ello que el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1400 establece que la modificación de la garantía mobiliaria se debe realizar de la misma manera y cumpliendo con los mismos requisitos que para su constitución.

Del mismo modo, el artículo 11 contempla a la renuncia expresa de la garantía (y no la tácita) como una de las tres formas de cancelación de esta. Así, estas causales son: i) por extinción de la obligación garantizada bajo las causales establecidas en el Código Civil; ii) por **la renuncia expresa** del acreedor garantizado a mantener vigente la garantía mobiliaria; y iii) por resolución judicial o laudo que tenga la calidad de cosa juzgada.

(3) Esto en razón de que, a la fecha, aún no se ha cumplido con lo previsto en su octava disposición complementaria final: "A partir del día hábil siguiente del funcionamiento de las bases de datos del SIGM, son aplicables y exigibles las disposiciones sobre garantía mobiliaria reguladas en el presente Decreto Legislativo".

(4) Código Civil: Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: (...) 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

(5) Código Civil: Artículo 1413.- Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

Siendo así, la extinción o cancelación de la garantía mobiliaria ya no podría presumirse por la devolución voluntaria del bien al deudor, sino que tendrían que seguirse las mismas reglas que se aplicaron para su constitución: cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes, esta vez, de extinguir la garantía. Esto, en aplicación del principio general de los contratos y de los actos jurídicos en general de que las eventuales modificaciones o la extinción del negocio deberán sujetarse a las mismas reglas que su constitución.

Por estas razones, una vez que esta norma entre en vigencia y sustituya a la actual Ley de la Garantía Mobiliaria, entendemos que se habrá producido la derogación tácita de los artículos 1298 y 1299 del Código Civil.

DOCTRINA

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Derechos Reales. Materiales de Enseñanza para el Estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. 2ª edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988. MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil español. Tomo VIII, Volumen 1, Reus, Madrid, 1967. ROMERO ROMAÑA, Elodoro, Derecho Civil. Los Derechos Reales. Tomo 2, Marco, Lima, 1957. VILLEGAS, Carlos Gilberto. Las garantías del crédito. Tomo 1, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998. COLIN, Ambrosio y H. CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo III, 2ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1943. FLORENSA I TOMAS, Carles Enric. La condonación de la deuda en el Código Civil (estructura y objeto del negocio remisivo). Ed. Civitas, Madrid, 1996. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1985. LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, WG Editor, Lima, 1991. PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de Droit civil, Tomo II, París, 1921. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, Harla, México D.F., 1980. FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derechos de las Obligaciones. Cultural Cuzco, Lima, 1988.

TÍTULO VI
CONSOLIDACIÓN

Alcances de la consolidación

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

Concordancias:
C.C. arts. 880, 1301; C.P.C. art. 321 inc. 7); C.T. arts. 27 inc. d), 42; LEY 26887 art. 331

Luis Aliaga Huaripata

Toda relación jurídico-obligacional, en tanto instrumento de colaboración, precisa de la existencia de dos sujetos –un acreedor y un deudor–, y una prestación objeto de la obligación.

¿Qué sucedería si ulteriormente ambas calidades confluyen en una sola persona, de modo tal que esta sea acreedora y deudora de la misma prestación?

A modo ilustrativo, podemos citar el caso de un usufructo en el que las calidades de nudo propietario y usufructuario se reúnen posteriormente en este último, por haber adquirido la propiedad de su anterior titular (acto *intervivos).* También, el caso de un mutuo en el que ulteriormente el deudor asume la calidad de acreedor de la misma deuda, al ser designado heredero de su acreedor, luego de producido el fallecimiento de este (acto *mortis causa*).

Entonces, existirá consolidación cuando por causa de sucesión jurídica, es decir, acto *intervivos* o *mortis causa,* confluyan en una misma persona ambas calidades –en el propio deudor, el acreedor o en un tercero–; siendo notas características de la consolidación la existencia de una única relación jurídica obligatoria con sus dos polos opuestos (acreedor y deudor) y la confusión en una misma persona de ambas calidades antitéticas.

Respecto a la naturaleza jurídica de la confusión o consolidación, Llambías refiere que existen dos posiciones: la teoría del medio extintivo y la teoría de la paralización de la acción.

La teoría del medio extintivo considera que la consolidación debería asimilarse en vía de ficción al pago, debido a la extinción de la acción. A su vez, la teoría de la paralización de la acción reconoce que no se trata propiamente de un mecanismo de extinción de obligaciones, sino de un impedimento material y temporal del pago. Jorge Eugenio Castañeda opina que la consolidación importa un *impedimentum, praestandi.*

El artículo 1300 del Código Civil de 1984 no define el contenido de la consolidación de las obligaciones, sino que se limita a indicarnos que la misma puede operar de una manera total o parcial (criterio de magnitud).

El antecedente legislativo inmediato del artículo materia de comentario, artículo 1305 del Código Civil de 1936, disponía en términos similares que "la consolidación puede verificarse respecto de toda obligación, o solo de parte de ella".

En cuanto al *nomen iuris* empleado en el Código Civil de 1984, se advierte que se ha optado por la consolidación –en vez de la confusión, como antiguamente se le conocía–, al considerársele jurídicamente más técnico. Asimismo, su empleo no se limita a los derechos reales, sino que se extiende a los derechos obligacionales en general.

¿Y cuáles son los efectos jurídicos de la consolidación en nuestro ordenamiento jurídico?

En el ordenamiento jurídico peruano, se considera a la consolidación como un mecanismo extintivo de las obligaciones, según es de verse del artículo 1300 concordado con el artículo 1301 del Código Civil de 1984 y demás normas concordantes.

Mario Castillo y Felipe Osterling, en apoyo de la posición asumida por el Código Civil, señalan 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 un modo de extinción de obligaciones propiamente dicho o en estricto (...), 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 (...)" (OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario, pp. 371-372).

Seguidamente, analizaremos brevemente algunos dispositivos de nuestro ordenamiento jurídico que se refieren a la consolidación de las obligaciones.

En materia sucesoria, el artículo 880 del Código Civil dispone que "el heredero o legatario que fuere acreedor del causante conserva los derechos derivados de su crédito, sin perjuicio de la consolidación que pudiera operar".

Como se recordará, si aún no se ha efectuado la partición, la obligación de pagar las deudas del causante recae sobre la masa hereditaria y, en caso contrario, en cada uno de los herederos en función de su cuota hereditaria; acreencia que es preferente (artículos 871 y 872 del Código Civil). En ese sentido, pareciera que se ha optado en este tema por no dar carácter automático a la consolidación –en contraposición al régimen general imperante–, haciendo prevalecer la acreencia, por lo que luego de haberse satisfecho esta o garantizado su pago, recién se tendrá en cuenta la calidad de heredero o legatario del acreedor.

A nivel del Derecho Procesal Civil, el inciso 7 del artículo 321 del Código Procesal Civil establece que "concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando (...): 7. sobreviene consolidación en los derechos de los litigantes (...)".

Consideramos que la redacción es imprecisa, pues en la consolidación, antes que unificarse "derechos", lo que se produce es la confusión de las "calidades" de acreedor y deudor en una misma persona; asimismo, aquella se sustenta en la existencia de una relación jurídico-obligatoria única en la que existe un acreedor y como contraparte un deudor, por lo que la referencia a consolidación en los "derechos de los litigantes" se asocia más a la figura de la compensación donde las calidades de acreedor y deudor son simultáneas en ambas partes (artículo 1288 del Código Civil).

Dentro del ámbito societario, tenemos el artículo 331 de la Ley General de Sociedades, referente a la adquisición de obligaciones por la sociedad, cuyo primer párrafo dispone que: "La sociedad puede adquirir las obligaciones, sin necesidad de amortizarlas, cuando la adquisición hubiese sido autorizada (...), debiendo en este caso colocarlas nuevamente dentro del término más conveniente". A su vez, el segundo párrafo señala que: "Mientras las obligaciones (...) se conserven en poder de la sociedad quedan en suspenso los derechos que les correspondan y los intereses y demás créditos derivados de ellas que resulten exigibles se extinguen por consolidación".

Según Enrique Elías, las obligaciones pueden definirse como "derechos de participación en un crédito, emitidas masivamente como consecuencia de un contrato de emisión (...), que otorgan a su titular un *status* especial (...), además del derecho de reembolso del principal

y de los intereses, primas y reajustes que correspondan (...)" (ELÍAS LAROZA, Enrique, p. 1131). En principio, la sociedad puede "rescatar" las obligaciones emitidas antes de su vencimiento a fin de amortizarlas (por pago anticipado, por oferta dirigida a los obligacionistas, por adquisición en bolsa, entre otros) y excepcionalmente, sin necesidad de amortizarlas, conforme al artículo 331, suspendiéndose los derechos que representan, lo que impide la consolidación –pese a devenir la sociedad en acreedora y deudora del mismo crédito–, salvo en lo referente a los "intereses y demás créditos derivados" de las obligaciones, que sí se extinguen.

Finalmente, y en materia fiscal, el artículo 42 del Código Tributario, definiendo la consolidación, señala que "la deuda tributaria se extinguirá por consolidación cuando el acreedor de la obligación tributaria se convierta en deudor de la misma como consecuencia de la transmisión de bienes o derechos que son objeto del tributo".

Héctor Villegas precisa que la extinción de la deuda tributaria se produce cuando el acreedor de la obligación tributaria, como efecto de la transmisión de bienes o derechos sujetos a tributo a su nombre, deviene en deudor de la misma (VILLEGAS, Héctor, p. 380).

DOCTRINA

CASTILLO, Mario y OSTERLING, Felipe. Tratado de las Obligaciones, Tomo IX, Tercera parte, En: Para Leer el Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; BORDA, Guillermo. Manual de las Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 1975; LOHMANN, Guillermo. Derecho de Sucesiones, Tomo III (comentarios a las secciones tercera y cuarta del libro cuarto del Código Civil), En: Para Leer el Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones (Libro VI). En: Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V y VI (Compiladora: Delia REVOREDO), Lima, 1985; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de Obligaciones, Editorial Cuzco, Lima, 1987; PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano, Tomo II, EHD EIRLtda, Lima, 1990; ARIAS SCHREIBER, Max. Luces y Sombras del Código Civil (Tomo VI: Las Obligaciones), Tomo II, Librería Studium S.A., Lima, 1991; ELÍAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. Ley General de Sociedades del Perú, Tomo III, Editorial Normas Legales, Trujillo, 2000; CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Bibliográfica Omeba. Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill SA. VILLEGAS, Héctor Belisario. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Depalma, Octava edición, Buenos Aires, 2002.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción de consolidación

La consolidación o confusión es un medio de extinguir la obligación y en virtud al cual se reúnen en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y deudor, puesto que nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo. Para Felipe Osterling, la consolidación puede ser total o parcial, la primera se configura cuando concurran en una misma persona, por completo, las calidades de acreedor u deudor respecto del íntegro de una obligación y en el caso de la segunda, cuando concurran en una misma persona solo de manera parcial las calidades de acreedor y deudor, la extinción de la relación obligatoria por consolidación se produce dentro de los límites en que convengan las dos calidades incompatibles **(Cas. N° 795-2012-Lima).**

Efectos del cese de la consolidación

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 perjucicio del derecho de terceros.

Concordancias:
C.C. arts. 1287, 1300, 1310; C.P.C. art. 321 inc. 7); C.T. art. 42

Luis Aliaga Huaripata

La consolidación tiene lugar cuando confluyen en una persona las calidades de acreedor y deudor de una misma obligación; tal como sucede por ejemplo en el caso de un usufructo en el que las calidades de nudo propietario y usufructuario se reúnen posteriormente en este último por haber adquirido la propiedad.

Asimismo, en el ordenamiento jurídico peruano se le reconoce a la consolidación efectos extintivos de las obligaciones; en efecto, según Mario Castillo y Felipe Osterling, "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. Por esta imposibilidad de cobro es que la acción se elimina" (OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario, p. 401).

¿Y qué sucederá en caso de que se produzca el cese de la consolidación?

El artículo 1301 del Código Civil pretende responder a esta inquietud regulando la situación que se deriva del cese de la consolidación y la subsecuente separación de las calidades de acreedor y deudor; en ese sentido, precisa que "(...) la obligación extinguida renace con todos sus accesorios, sin perjuicio del derecho de terceros".

El antecedente legislativo inmediato, artículo 1306 del Código Civil de 1936, solo se limitaba a señalar que "si la consolidación cesare, se restablecerá la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona", omitiendo referirse al destino de los accesorios.

Respecto de las posibles causas del cese de la consolidación, debe decirse que la misma podría ocurrir por alguna de las causales de invalidez del acto o negocio jurídico que contiene el título, previstas en los artículos 219 y 221 del Código Civil, como sucede con la nulidad del contrato de compraventa de la nuda propiedad por parte del usufructuario, por ejemplo.

Según el derecho común, la nulidad de un acto o contrato no produce efecto jurídico alguno, *quod nullum est, effectum produxit;* en ese sentido, genera el efecto natural de arrastre sobre los actos derivados, al estar estos encadenados entre sí. Si bien es cierto, la invalidez de un acto opera de pleno derecho y sin necesidad de acción o declaración judicial de nulidad; sin embargo, mientras no se establezca judicialmente su nulidad, el acto inválido puede pasar como válido en la medida en que el vicio no sea manifiesto y tenga el acto todos sus elementos estructurales necesarios de acuerdo a su especie y su tipo. La declaración de nulidad viene *a posteriori* y con retroactividad a destruir las apariencias (LOHMANN, Guillermo, p. 530).

Además de otras causales previstas en el ordenamiento jurídico nacional, también podría cesar la consolidación por renuncia del titular del derecho, como sucede con el deudor que a su vez es designado heredero testamentario de su acreedor, que una vez causada la herencia renuncia a la misma.

¿Y qué ocurre con los accesorios de la obligación al producirse el cese de la consolidación?

Conforme al artículo 1301, el cese de la consolidación implica el renacimiento de la obligación extinguida "con todos sus accesorios". Desde un punto de vista literal, este dispositivo podría inducir a entender que en todos los casos de cese de la consolidación, las garantías reviven automáticamente; sin embargo, existe consenso en la doctrina en el sentido de que las garantías solo deberían revivir en los casos de cese forzoso o legal, no así en los supuestos de cese voluntario.

Finalmente, cuando este artículo señala que el renacimiento de las obligaciones y sus accesorios no perjudicará el derecho de "terceros", se refiere a quienes no son "parte" de la relación jurídico-obligacional en cuestión y que han adquirido algún derecho de las mismas sobre la base de la existencia de la consolidación.

En ese sentido y dentro del ámbito registral, consagrando el "principio de fe pública registral", el artículo 2014 del Código Civil establece que "el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan (...)".

Mediante este principio se busca la plena protección de aquel tercero que contrata amparado en la fe del registro y reúne determinados requisitos establecidos por la ley frente a posibles vicios que afecten el derecho de su transferente y que no constan en el registro ni existe forma de conocerlos normalmente.

Esta opción legislativa, que sacrifica el derecho subjetivo del *verus dominus* en favor del adquirente, busca en última instancia proteger el tráfico jurídico, al romper la cadena de arrastre de las nulidades.

DOCTRINA

CASTILLO, Mario y OSTERLING, Felipe. Tratado de las Obligaciones, Tomo IX, Tercera parte, En: Para Leer el Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; BORDA, Guillermo. Manual de las Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 1975; LOHMANN, Guillermo. El negocio jurídico, Grijley, Lima, 1994; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones (Libro VI). En: Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V y VI (Compiladora: Delia REVOREDO), Lima, 1985; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de Obligaciones, Editorial Cuzco, Lima, 1987; PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Las obligaciones en el Derecho Civil Peruano, Tomo II, EHD, Lima, 1990; ARIAS-SCHREIBER, Max. Luces y Sombras del Código Civil (Tomo VI: Las Obligaciones), Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991; ELÍAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. Ley General de Sociedades del Perú, Tomo III, Editorial Normas Legales, Trujillo, 2000; CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Bibliográfica Omeba. Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill. VILLEGAS, Héctor Belisario. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Depalma, Octava edición, Buenos Aires, 2002.

TÍTULO VII
TRANSACCIÓN

Concepto de transacción

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.

Concordancias:
C.C. arts. 167, 448, 487, 1179, 1188, 1303, 1455, 1500, 1652, 1889; C.P.C. arts. 337, 338, 693; LEY 26887 art. 416 inc. 8)

Contenido de la transacción

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.*

Concordancias:
C.C. arts. 1302, 1304 y ss.

Walter Vásquez Rebaza

1. Acerca del carácter contractual de la transacción

Al igual que otras categorías jurídicas, la transacción ha sido definida de forma expresa por el legislador peruano en el artículo 1302 del Código Civil. Empero, del referido dispositivo no se desprende con claridad la naturaleza jurídica de la institución. ¿Se trata de un contrato? ¿O es que, a juzgar por la sistemática de nuestra normativa civil, constituye un mero modo de extinción de obligaciones? ¿Consolida acaso ambas cualidades en la totalidad de casos?

La transacción se encuentra disciplinada en el Título VII de la Sección Segunda ("Efectos de las obligaciones") del Libro VI ("Las obligaciones") del Código Civil peruano. La sistemática empleada por el legislador se aparta del tratamiento conferido a la institución por la mayoría de los modelos europeos continentales[1], los cuales optan por calificarla como un contrato típico. A partir de dicha verificación, podría dudarse si en nuestro país, al habérsela regulado fuera del estatuto propio de los contratos típicos, resulta viable atribuirle naturaleza contractual. La respuesta cobra singular importancia si se aprecia que frecuentemente los estudiosos optan por categorizar a la transacción como un mero modo de extinción de las obligaciones[2].

(1) Una excepción se encuentra constituida por la regulación del Código Civil austriaco de 1811, cuyo § 1380 dispone lo siguiente: "El contrato de novación, mediante el cual se definen derechos litigiosos o dudosos, en virtud del cual cada una de las partes se obliga respecto a la otra a dar, hacer o transferir alguna cosa, llámese transacción. La transacción pertenece a los contratos bilaterales y se regula según los mismos principios".

(2) CICERO, Cristiano, *La transazione*, en *Trattato di Diritto Civile* dirigido por Rodolfo Sacco, vol. 9, Turín, UTET,

En Perú, previo al Primer Pleno Casatorio Civil, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema había venido sustentando la última de las alternativas presentadas en el párrafo anterior con consecuencias prácticas de notable importancia. En efecto, el mencionado órgano jurisdiccional sostenía que, en tanto la transacción consistiría en un medio extintivo de obligaciones regulado en el Código Civil (al igual que el pago o la condonación), quien quiera valerse de ella debía proponerla como defensa de fondo en la contestación de la demanda; por su parte, el juez debería resolverla en la sentencia[3].

Sobre el origen de la postura que concibe a la transacción como un instrumento para finiquitar relaciones obligacionales, se ha señalado lo siguiente:

> La peculiaridad peruana de afirmar que la transacción constituye un mero mecanismo de extinción de obligaciones se lo debemos al profesor Olaechea quien influenciado por el Código Civil argentino de 1871 (artículo 832 y ss.) y el Código Civil brasileño de 1916 (artículo 1025 y ss.) redujo la transacción a una simple "manera de extinción de obligaciones". Ello es diametralmente opuesto a lo que señalaba nuestro derogado Código Civil de 1852 el cual regulaba correctamente la transacción (artículos 1702 y ss.) como una subespecie más de contrato, es decir, lo recogió de manera paralela a la venta, la locación, la sociedad, entre otros.

Desde otra perspectiva, un notable autor ha rechazado el carácter contractual de la transacción (aunque sin ubicarla explícitamente como medio de extinción de obligaciones). Para tal efecto, esta postura reconoce en la institución analizada la combinación de dos negocios jurídicos unilaterales recíprocamente condicionados. De este modo:

> La transacción se integraría a partir de la coligación entre dos negocios unilaterales recíprocamente condicionados (por ejemplo, la renuncia a la propia pretensión y el reconocimiento de la pretensión ajena, o incluso dos renuncias, cada una a la respectiva pretensión); o también, a partir de la vinculación entre un negocio unilateral (como puede ser precisamente una renuncia o un reconocimiento) y un contrato unilateral (como una donación), o bilateral, como por ejemplo una compraventa o un arrendamiento. Sin embargo, en cualquier caso estos negocios mantendrían cada uno su propia autonomía y no podrían dar vida –fusionándose– a un contrato, a causa de la falta de homogeneidad entre las respectivas declaraciones de voluntad[4].

Por nuestra parte, estimamos que tomar posición sobre la naturaleza jurídica de la transacción supone partir de una definición elemental de contrato. El Código Civil peruano concibe a este último como aquel "acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídico-patrimonial". Una definición un tanto más evolucionada –y compatible con aquella consagrada por el legislador– configura a dicha institución como un acuerdo en virtud del cual dos o más partes construyen libremente un reglamento de intereses (también denominado programa de actividades y consecuencias económicas, a ser desenvuelto tras su creación), el cual se encuentra (i) destinado a la generación de relaciones jurídicas

2014, p. 3. En sede nacional, son de este parecer: OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Lima, Palestra, 2008, p. 780.

(3) TICONA POSTIGO, Víctor, *La transacción y los intereses difusos en la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema. Comentarios al Primer Pleno Casatorio (Casación N° 1465-2007-Cajamarca)*, Lima, Grijley, 2008, p. 18. Según el autor, ello ocurre a diferencia de la transacción judicial, la cual sí puede sustentar la proposición de una excepción de conclusión del proceso por transacción.

(4) CARNELUTTI, Francesco, citado por CICERO, Cristiano, op. cit., p. 2. En el mismo sentido: RIVA, Ilaria, *La transazione invalida*, Padua, Cedam, 2012, p. 6.

patrimoniales y, además, (ii) parametrado e integrado por reglas heterónomas. La categoría esbozada no es un fin en sí mismo, sino un instrumento por el cual los agentes económicos disponen reglas jurídicamente vinculantes que les permiten abandonar los estados de necesidad en los que se encuentran[5] y así actuar sus propios intereses.

De esta manera, el contrato se configura como un acto de autonomía privada. Esta última noción ha sido formulada como aquel poder privado y autónomo en virtud del cual los individuos autorregulan sus intereses orientando el resultado a la producción de efectos jurídicos[6]. Se trata entonces de un poder de creación de reglas obligatorias de comportamiento, dictaminadas por los propios individuos[7]. El programa contractual, que constituye el ejercicio de la autonomía privada, resultará jurídicamente vinculante para las partes que lo crearon en la medida en que se encuentre en sintonía con los valores acogidos por el ordenamiento jurídico, vale decir, el orden público, las normas imperativas y las buenas costumbres[8].

Atendiendo a estas premisas elementales, no existe razón para dudar que la definición legal de transacción (contenida en el artículo 1302 del Código Civil) ingresa dentro de la noción de contrato[9] [10] [11]. En efecto, el contrato, instrumento típico de composición de conflictos económicos, puede servir también para componer el conflicto entre una parte que afirma un derecho propio y otra que afirma un derecho propio contrapuesto al primero (o que niega el derecho de la primera), cuando el conflicto verse sobre derechos disponibles para las partes. En tal caso, las partes, en vez de resolver la controversia a través de la autoridad judicial, pueden hacerlo ellas mismas, de manera convencional[12]. En este último escenario nos encontraremos ante un contrato de transacción.

(5) Sobre el particular, Rosario NICOLÒ ("Las situaciones jurídicas subjetivas", en *Advocatus*, editada por la Asociación Civil ADV, Traducción del italiano por Carlos Zamudio Espinal, núm. 12, 2005, p. 106), ha aseverado que la necesidad es un concepto tomado de la economía (o sea, previo al Derecho) que podría ser definido, de modo generalísimo, como aquel "estado de insatisfacción del sujeto". De esta última derivaría lógicamente el concepto de bien, es decir, "aquella entidad objetiva que es idónea (o que, de todas maneras, el sujeto considera idónea) para eliminar el estado de insatisfacción".

(6) NAVARRETTA, Emanuela, "Hechos y actos jurídicos", en *Revista Jurídica del Perú*, núm. 91, Lima, 2008, p. 294.

(7) SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Nápoles, Jovene, 1977, p. 136. Según el autor, la voluntad que da lugar al negocio jurídico debe ser concreta, es decir, debe traducirse "en una regla obligatoria de comportamiento, que el autor o los autores del negocio se dictaminan a sí mismos: lo que se expresa justamente mediante la palabra autonomía".

(8) FERRI, Giovanni Battista, *El negocio jurídico*, Traducción del italiano por Leysser L. León, Lima, ARA, 2002, p. 154.

(9) DÍEZ-PICAZO, Luis. "Reflexiones sobre la transacción en el Código Civil argentino con una glosa de las notas de Vélez", en *Liber Amicorum en Homenaje al prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*, t. I, Córdoba, 2010, p. 416. Según el autor, es difícil determinar quién pudo ejercer influencia sobre Vélez para no expresar claramente que la transacción es un contrato en la codificación por él elaborada.

(10) Contra: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Teoría general de las obligaciones*, Lima, Pacífico, vol. II, 2014, p. 844, quien basándose en el dato legislativo niega el carácter contractual de la transacción y afirma que esta última constituye un medio extintivo de obligaciones y, en todo caso, un acto jurídico bilateral.

(11) Dicha calificación era aceptada explícitamente por el Código Civil peruano de 1852, cuyo artículo 1702 dictaminaba lo siguiente:
"Transacción es un contrato, por el que dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podría promoverse, o finalizan el que está principiando.
Puede transigirse entre presentes o ausentes, por los mismos interesados, o por apoderados con poder especial" [énfasis agregado].
Sin embargo, el carácter contractual dejó de ser explicitado en nuestro Derecho positivo, desde la regulación del Código Civil peruano de 1936, cuyo artículo 1307 se restringe a disponer lo siguiente: "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".

(12) CARRESI, Franco, voz "Transazione (Diritto vigente)", en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, 1973, p. 482.

Como confirmación del carácter contractual de la categoría materia de análisis, debe repararse en que la definición legal contenida en el artículo 1302 del Código Civil concibe la existencia de "partes" (transigentes) que, en ejercicio de su autonomía privada y para satisfacer sus propias necesidades, llegan a un acuerdo jurídicamente relevante respecto a un reglamento de intereses, el cual:

(i) Programa prestaciones consistentes en (a) "concesiones recíprocas" respecto a relaciones "que han constituido objeto de la controversia entre las partes" y, eventualmente, (b) "concesiones recíprocas" dirigidas a "crear, regular, modificar o extinguir" relaciones jurídicas patrimoniales diversas de aquellas[13].

(ii) Cumple una función económica consistente en la superación de un asunto "dudoso" o "litigioso", el cual ha desencadenado o podría desencadenar un "pleito" entre las partes[14] [15].

(iii) Posee un contenido patrimonial que fluye del artículo 1305 del Código Civil, según el cual "solo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción".

(iv) Obtendrá validez en caso se encuentre en sintonía con los límites de la autonomía privada (el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas) y respete los parámetros legislativos asociados a sus componentes estructurales.

(v) En caso observe los parámetros listados, se generarán consecuencias jurídicas que se identifican con los efectos que el propio legislador ha asociado al contrato en el artículo 1351 del Código Civil: "crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

De lo mencionado se colige que la transacción, tanto desde una perspectiva lógico-estructural como desde el punto de vista funcional, cuenta con naturaleza contractual. Por esta razón, el contenido de la transacción se integrará –además del núcleo construido por la autonomía privada[16]– por su tratamiento particular dispuesto por los artículos 1302 y siguientes del Código Civil y, adicionalmente, por los estatutos generales dedicados a los contratos, loa negocios jurídicos y las obligaciones[17]. Como todo contrato, la transacción se

(13) La disciplina legislativa de la transacción enuncia las mutaciones jurídicas que dicho instrumento es capaz de engendrar, las cuales podrían residir no solo en la exigibilidad de concesiones recíprocas respecto a una situación controvertida, sino también en la creación, la regulación, la modificación o la extinción de relaciones distintas de aquellas que han sido objeto de controversia entre las partes.

(14) En el mismo sentido, GABRIEL RIVERA, José Luis. ("¿Vale más un mal arreglo que un buen juicio? Apuntes poco ortodoxos en torno al contrato de transacción, la responsabilidad contractual y la libertad de forma: a propósito de la Casación N° 2619-2014-Ica". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 207, p. 97), se ha preguntado lo siguiente con ocasión a la transacción: "¿Qué mejor ejemplo del ejercicio de la autonomía privada que aquellos casos en los que los propios particulares ponen fin o buscan resolver 'su(s) problema(s)'".

(15) Al respecto, MIRABELLI, Giuseppe. *Contratti speciali*, en *Il Diritto Civile Italiano secondo la dottrina e la Giurisprudenza*. FIORE, Pasquale (al cuidado de), parte XII, UTET, 1905, p. 493, considera que la transacción es un contrato bilateral y oneroso que se distingue de los otros contratos por dos razones específicas: cada parte debe dar, prometer o retener alguna cosa, para poner fin a una litis pendiente o prevenir una litis que puede nacer. Cabe precisar que el referido autor se basa en la regulación del Código Civil italiano de 1865, pero resulta válida incluso bajo el régimen vigente.

(16) Código Civil francés. Artículo 2047.-
"Puede añadirse a una transacción la estipulación de una pena contra quien incumpla su ejecución".

(17) En nuestro país, ha señalado que el incumplimiento de la transacción da lugar a responsabilidad civil contractual: GABRIEL RIVERA, José Luis. Ob. cit., p. 95.

rige por ciertos principios como la fuerza vinculante[18], la relatividad[19], la calificación objetiva, la buena fe, entre muchos otros. El carácter contractual de la transacción es reconocido expresamente por el Código Civil francés de 1804, por el Código Civil italiano de 1865, por el Código Civil español de 1889, por el Código Civil alemán de 1900, por el Código Civil italiano de 1942[20] y por el Código Civil portugués de 1966[21].

Con todo, es indudable que en ciertos casos la transacción extingue relaciones obligatorias litigiosas. Pese a ello, ni siquiera en tales supuestos se vería menoscabada su naturaleza contractual. En efecto, la legislación civil considera jurídicamente posible la convivencia de ambas calificaciones (contrato y medio extintivo de relaciones jurídicas) en figuras típicas como el mutuo disenso[22] [23].

Llegado a este punto, queda por analizar si resulta viable atribuirle a la transacción la naturaleza de modo de extinción de relaciones obligacionales. Al respecto, es pertinente observar que semejante calificación, si bien resulta jurídicamente posible, es también coyuntural; a diferencia de su carácter contractual (el cual resulta constante). Lo mencionado obedece a dos razones. En primer lugar, no es viable afirmar que la universalidad de transacciones finiquite la obligación precedente en cuyo desarrollo se generó la litis. Y es que dicha relación jurídica antecedente bien podría mantener su vigencia (total o parcialmente) tras el perfeccionamiento del negocio transaccional[24]. A decir verdad, las transacciones que extinguen y reemplazan la obligación litigiosa antecedente son solo una subespecie de la categoría (la denominada transacción *novativa*) que en modo alguno agota el género.

En segundo lugar, una transacción podría extinguir una litis enmarcada en una relación jurídica ajena a las relaciones obligatorias[25], en cuyo caso, mal podría constituir un modo de fulminar obligaciones. Tal sería el caso de la composición privada que opere sobre una litis relativa a una situación jurídica de garantía, a un derecho potestativo o a un estado de sujeción.

(18) Código Civil peruano. Artículo 1361.-
"Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.
Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

(19) Código Civil peruano. Artículo 1363.-
"Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles.
El reconocimiento de este último se remonta al artículo 2051 del Código Civil francés, según el cual 'la transacción realizada por uno de los interesados no vincula en absoluto a los otros y no puede oponerse por ellos'".

(20) Código Civil italiano. Artículo 1965.-
"La transacción es el contrato con el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, ponen fin a una litis ya iniciada o previenen una litis que puede surgir entre ellas. Con las recíprocas concesiones también se pueden crear, modificar o extinguir relaciones distintas de la que ha formado objeto de la pretensión y de la contestación de las partes".

(21) Código Civil portugués de 1966. Artículo 1248.-
"1. Transacción es el contrato por el cual las partes previenen o terminan un litigio mediante recíprocas concesiones.
2. Las concesiones pueden involucrar la constitución, modificación o extinción de derechos distintos del derecho controvertido".

(22) Código Civil peruano. 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".

(23) Este ha sido el criterio adoptado por sentencia del Primer Pleno Casatorio Civil en el numeral 10, apartado V "Consideraciones" de dicha resolución.

(24) Según cierta doctrina (ZATTI, Paolo. *Manuale di Diritto Civile*. Padua, Cedam, 2012, p. 1035), esta hipótesis es denominada en el modelo italiano como transacción *conservativa*.

(25) FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de derecho de obligaciones*. Grijley, Lima, 2004, p. 304.

2. Elementos tipificadores del contrato de transacción

A continuación, pasaremos a referirnos a aquellos componentes tipificadores cuya presencia en el caso concreto resulta determinante para calificar a un contrato como transacción. Se trata de los siguientes elementos: (i) la existencia previa de una litis o conflicto de intereses cualificado entre dos o más partes, (ii) la programación de concesiones recíprocas entre los transigentes y (iii) la composición o superación de la litis como función económica del contrato.

2.1. La litis o conflicto de intereses cualificado

El artículo 1302 del Código Civil dispone que "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". El contenido del mencionado precepto puede ser disgregado en las siguientes cuatro normas jurídicas:

- **Primera norma:** Por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso, evitando el pleito que podrían promover.
- **Segunda norma:** Por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto litigioso, evitando el pleito que podrían promover.
- **Tercera norma:** Por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso, finalizando el pleito que se ha iniciado.
- **Cuarta norma:** Por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto litigioso, finalizando el pleito que se ha iniciado.

De una lectura literal del dispositivo, parecería viable concebir como presupuestos de la transacción, de manera alternativa, tanto un asunto litigioso (segunda y cuarta norma) como un asunto dudoso (primera y tercera norma). Cualquiera de las citadas hipótesis debió haber generado (al menos tenido la potencialidad de generar) un "pleito" (término que ha de ser entendido como sinónimo de proceso judicial o arbitral destinado a resolver una controversia jurídicamente relevante) entre las partes del convenio transaccional.

En tal contexto, estimamos necesario esclarecer en los conceptos de *asunto dudoso* y *asunto litigioso.*

La primera noción (también denominada *res dubia*[26]) se remonta a un fragmento recogido en el Digesto y atribuido a ULPIANO. Según la traducción del referido pasaje[27], "el que transige lo hace sobre una cosa que se halla en duda y sobre un litigio incierto y no concluido, mientras que el que pacta concede por liberalidad una cosa cierta e indiscutible"[28].

(26) MICCIO, Renato, "La transacción I", en LEÓN HILARIO, Leysser L., *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*, Jurista, Lima, 2007, pp. 457-458. Según el autor, la *res dubia* puede erigirse como requisito siempre y cuando se entienda no la incertidumbre objetiva sobre el estado de hecho y derecho inherente a una determinada relación, sino "la mera existencia de valoraciones discrepantes respecto a las situaciones jurídicas correspondientes, y de los derechos y deberes respectivos de las partes".

(27) D. 2,15,1. "Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remitit". La traducción es de DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 420.

(28) LÓPEZ BARBA, Elena María. *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, Murcia, Laborum, 2001, pp. 32-34. Sin embargo, la autora da cuenta de dos razones que le restarían fuerza a este antecedente. Por un lado, el sentido extraído de una lectura sistemática de otros fragmentos del Digesto y, por el otro, la sospecha fundada de que ese texto en realidad pudiese haber derivado de la labor de los compiladores y no de ULPIANO. En atención a ello, se muestra escéptica respecto a la necesidad de la *res dubia* para la configuración de la transacción válida en el Derecho Romano.

Siguiendo esta tendencia, un sector de la doctrina francesa menos reciente ha considerado a la exigencia de la situación dudosa como un elemento esencial para la válida celebración del contrato de transacción. Esta toma de posición influenció directamente en los desarrollos surgidos dentro de los modelos jurídico español[29] e italiano de la época.

La presencia de la incerteza como antecedente lógico del negocio transaccional cuenta con el aval del § 779 del Código Civil alemán[30], que dictamina lo siguiente:

§ 779 Concepto de transacción, error acerca del fundamento de la transacción

(1) Un contrato mediante el cual se pone fin a una controversia o a la *incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica* a partir de concesiones recíprocas (transacción) es ineficaz si el hecho que, según el contenido del contrato, le sirve de fundamento no se corresponde con la realidad y la controversia o la incertidumbre no se hubieran suscitado en caso de que las partes hubieran conocido la realidad.

(2) Se equipara a la incertidumbre sobre una relación jurídica la inseguridad sobre la realización de una pretensión. [Énfasis agregado]

En lo que concierne al sistema peruano, la frase "asunto dudoso" se encuentra presente desde el Código Civil de 1852, con la mención operada por el artículo 1702. Posteriormente, dicha redacción pasó al artículo 1307 del Código de 1936[31], para finalmente ser recogida por el artículo 1302 vigente. En virtud de este último dispositivo, la *res dubia* se ancla en la primera y tercera norma de la disgregación presentada al inicio de este apartado:

- **Primera norma:** Por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún *asunto dudoso*, evitando el pleito que podrían promover.
- **Tercera norma:** Por la transacción, las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún *asunto dudoso*, finalizando el pleito que se ha iniciado.

El "asunto dudoso" alude a una situación de incerteza respecto a una relación jurídica por parte de los involucrados[32] [33]. Un aspecto configura una *res dubia* cuando se mueve dentro de un marco de incertidumbre, porque las declaraciones de voluntad de las partes han sido ambiguas o confusas o porque no hay un perfecto acuerdo sobre la secuencia o la sucesión de los hechos[34].

A manera de ilustración, nos encontraríamos ante un asunto dudoso si un comitente y un contratista no tienen claro si la frase "buenas prácticas profesionales de la ingeniería y la construcción" contenida en un contrato de obra implica el desenvolvimiento de cierta

(29) Ibídem, pp. 45 y ss. Según cierta opinión (DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 421), concebir a la incertidumbre como presupuesto de la categoría objeto de análisis tendría como ventaja el favorecimiento de las transacciones en el fomento de las vías de terminación de conflictos.

(30) Sin embargo, este cuerpo normativo carece de un tratamiento detallado de la transacción.

(31) Código Civil peruano de 1936. Artículo 1307.-
"Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse, o finalizando el que está promovido".

(32) Según otro parecer (TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción del italiano por Luis Martínez-Calcerrada, t. II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1967, p. 368), la *res dubia* es aquel conflicto actual o en potencia entre las partes, calificado por la existencia de pretensiones opuestas. A nuestro parecer, desde este punto de vista, la separación de este concepto con la *res litigiosa* se tornaría inviable.

(33) RIVA, Ilaria. Ob. cit., p. 5.

(34) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 420.

especificación técnica conforme a estándares de calidad nacionales o internacionales. Del mismo modo, existiría un estado de incerteza finiquitado a través de un negocio jurídico si dos propietarios de predios colindantes llegan a un acuerdo para fijar los límites –previamente dudosos– de su propiedad mediante la suscripción de un plano elaborado por un ingeniero.

Pasando a otro punto, el segundo antecedente funcional de la transacción (recogido también en el artículo 1302 del Código Civil) se encuentra conformado por el asunto litigioso (*res litigiosa*). Las opiniones mayoritarias entienden a dicha noción como la contraposición de pretensiones entre dos o más individuos, esto es, como una "situación de conflicto de intereses entre la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro"[35].

En la misma línea, se aprecia a la litis como el "hecho objetivo por el cual cada una de las dos partes afirma, respecto de la otra, la existencia o inexistencia de un derecho que la otra correlativamente objeta"[36] como "conflicto de intereses a ser compuesto"[37] o incluso como el "mero choque de pretensiones incompatibles entre sí, con independencia del fundamento jurídico de cada una de ellas"[38]. De este modo, no toda controversia puede ser entendida como una litis, sino únicamente "aquellos conflictos originados en la defensa de un derecho por una parte, derecho que es contestado por la otra, bien porque niega su contenido o alcance, bien porque alega un nuevo derecho incompatible con el anterior"[39].

Al respecto, vale la pena aclarar que la *pretensión* se erige como un concepto jurídico distinto al *derecho subjetivo*[40]. En efecto, BETTI explica que una pretensión tiene como características esenciales su concreción, su actualidad y su direccionamiento contra una persona determinada, cualquiera que sea el derecho subjetivo que en esta se actúa (de obligación o real)[41]. La citada doctrina aclara que una pretensión no surge inmediatamente, con un poder, desde el momento en que se constituye la relación jurídica[42], sino que esta última es la fuente puramente potencial y eventual de la pretensión. Así, la pretensión se libera por primera vez del poder jurídico desde el momento en el cual el estado de hecho se torna contrario a la expectativa, en vista del comportamiento de una determinada persona, respecto de la cual el interesado esperaba su realización[43].

Concluye el referido autor que:

> La pretensión puede definirse como el poder concreto y actual de conseguir (y no simplemente de requerir), de una persona individualizada, una determinada prestación inmediatamente exigible. La pretensión se dirige a la voluntad de una persona (el obligado, en el sentido más lato) y cuenta con la obediencia de esta persona al imperativo jurídico concreto[44].

(35) ZATTI, Paolo. Ob. cit., p. 1302.
(36) MOSCARINI, Lucio y Nicola CORBO. Voz "Transazione", en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, t. XXXI, 1994, p. 2 (de la separata).
(37) FRANZONI, Massimo. *La funzione del contratto di transazione*, en *Trattato dei contratti* dirigido por Vincenzo Roppo, vol. IV, Giuffrè, Milán, p. 1058.
(38) LÓPEZ BARBA, María Elena. Ob. cit., p. 48.
(39) Ibídem, p. 55.
(40) TAMAYO HAYA, Silvia. *El contrato de transacción*, Civitas, 2003, pp. 149 y ss.
(41) BETTI, Emilio y CARNELUTTI, Francesco. *Diritto sostanziale e processo*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 21-22.
(42) Ibídem, pp. 20-21.
(43) Ibídem, pp. 21-22.
(44) Ibídem, p. 24.

En sintonía con la postura expuesta, toda situación litigiosa preexistente a la transacción supone por lo menos dos titulares de pretensiones contrapuestas: las partes "pretendientes". La efectiva existencia o no del derecho ostentado por cada uno de los "pretendientes" es absolutamente indiferente a efectos de la validez de la transacción. En otras palabras, este negocio jurídico no se verá perjudicado por el eventual carácter infundado de la postura de cada una de las partes[45].

En síntesis, la *res litigiosa* es una relación configurada por la colisión (generadora de un *impasse*) de pretensiones entre individuos –los litigantes y los futuros transigentes– respecto a un asunto específico. Se verifica en dicha hipótesis la alegación de una parte que es objetada por la otra, esto es, que es contradicha o resistida total o parcialmente por esta última. Ello ocurre independientemente de que tal pretensión se encuentre o no amparada en un derecho subjetivo (o, más genéricamente, en una situación jurídica de ventaja).

Las pretensiones en disputa dan lugar a un conflicto de intereses. Respecto a este punto, la doctrina distingue entre conflicto de intereses económico y conflicto de intereses cualificado. El primero se encuentra en el origen de todo negocio jurídico (al menos, de aquellos con efectos bilaterales), como ocurre por ejemplo en la compraventa (en la cual el interés del vendedor es obtener el mayor precio posible, mientras que el interés del comprador es pagar el menor precio que resulte viable). En contraste con ello, el conflicto de intereses cualificado, propio de la transacción, trasciende el ámbito de la economía y se convierte en un conflicto de intereses relevante para el Derecho[46], en tanto cada una de las partes juzga (o por lo menos afirma) ser titular de cierto derecho que la otra en cambio niega[47]. Por tanto, "todo litigio es un conflicto de interés, pero no todo conflicto de intereses es un litigio, sino solo aquel especialmente cualificado"[48].

De lo mencionado se concluye que para la configuración de una *res litigiosa* no es indispensable que el conflicto haya sido trasladado al ámbito del proceso o pleito judicial o arbitral, sino que bien podría haber permanecido a nivel extraprocesal. Vista de esta manera, una situación litigiosa es sinónimo de conflicto de intereses cualificado, independientemente de que las pretensiones en disputa ingresen o no a un pleito judicial.

Para ilustrar un conflicto de interés cualificado, considérese el caso en que un comitente le exige a su contratista la reconstrucción de unas estructuras deterioradas dentro del periodo de garantía de remediación de defectos (pretensión 1) y el contratista requerido se niega a efectuar dicha actividad por juzgar que el deterioro es imputable al comitente (pretensión 2, resistencia o negación de la pretensión 1). En una hipótesis distinta, no existirá conflicto de intereses cualificado si se consensúa un cronograma de pago entre un deudor insolvente y sus acreedores. Ello en vista de que la pretensión primigenia de estos últimos (pretensión 1: pago total en una sola armada) no habrá sido objetada por el deudor (ausencia de pretensión 2 o resistencia a la pretensión 1), sino únicamente insatisfecha e incumplida[49].

El contenido del artículo 1302 del Código Civil parece ofrecer dos presupuestos funcionales alternativos para la transacción: en primer lugar, la existencia de una situación litigiosa y, en segundo lugar, la existencia de una situación dudosa. Esta lectura parece ser apoyada

(45) CICERO, Cristiano. Ob. cit., p. 14.
(46) TAMAYO HAYA, Silvia. Ob. cit., p. 118.
(47) MOSCARINI, Lucio y Nicola CORBO. Ob. cit., p. 2.
(48) TAMAYO HAYA, Silvia. Ob. cit., p. 117.
(49) En el mismo sentido, para el modelo jurídico español: LÓPEZ BARBA, Elena María. Ob. cit., p. 58.

también por el artículo 1308 y el disyuntivo en él contenido: "si la obligación **dudosa o litigiosa** fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad"[50] [énfasis agregado]. Así, bastaría con que la situación entre dos o más individuos cuente con alguna (cualquiera) de las dos características mencionadas para que se configure el elemento tipificador de una transacción.

Apelando a otro criterio, se ha considerado que la transacción únicamente puede tener como presupuesto a una *res litigiosa* y no así a una *res dubia*, siendo esta última un elemento coyuntural y no tipificador. Esta postura, con la cual concordamos, se basa en los fundamentos de orden lógico y sistemático que pasaremos a exponer a continuación.

El primer fundamento del punto de vista enunciado se encuentra apoyado por la consagración legal –operada en el artículo 1302 del Código Civil– de las concesiones recíprocas de las partes transigentes como elemento *sine qua non* del tipo negocial *transacción*. Como se verá a detalle más adelante, tales concesiones comprenden como mínimo (i) renuncias de los litigantes asociadas a las pretensiones que conformaron la situación litigiosa antecedente o (ii) la renuncia de un litigante a su pretensión primitiva a cambio de una concesión recíproca de la contraparte[51]. En cualquiera de los casos mencionados, las renuncias serán flexibilizaciones totales o parciales (esto es, rebajas o reducciones[52]) respecto a pretensiones iniciales en disputa[53] con el propósito de cerrar la litis.

Atendiendo a tales premisas, únicamente podría concebirse la existencia de renuncias a las pretensiones de "B" a favor de "A" y de "A" a favor de "B", respectivamente, si originalmente existió una pretensión que "B" dirigió "A" y la resistencia u oposición por parte de esta última respecto a la pretensión de "B"[54]. Dicho de otro modo, la renuncia (recíproca concesión) supone una pretensión precedente y es lógicamente posible solo si esta última ha sido previa y concretamente alegada. Como podrá advertirse, las hipótesis narradas convergen inexorablemente un conflicto de intereses cualificado (que enfrentó a dos partes pretendientes).

En contraste con lo expuesto, sería lógicamente inconcebible alegar la existencia de concesiones recíprocas respecto a una mera situación de incerteza en la que los individuos involucrados tenían meras dudas abstractas en vez de pretensiones concretas disputadas. Y es que no puede existir renuncias donde no se presentó su antecedente lógico: las pretensiones contrapuestas.

Así, volviendo al ejemplo propuesto anteriormente relativo a la incertidumbre sobre la frase "buenas prácticas profesionales de la ingeniería y la construcción", ¿podrían existir

(50) La tesis que concibe un doble antecedente alternativo para la transacción (*res dubia* o *res litigiosa*) es acogida por un sector de la doctrina nacional. OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Ob. cit., p. 781. En el mismo sentido, bajo la vigencia del Código Civil de 1984, TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit., pp. 842, 854 y 855, SUÁREZ GAMARRA, Saúl, "Concepto de transacción", en *Código Civil comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias de Derecho Civil*, t. VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 586.
Según OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE (Ob. cit., p. 782), un asunto será dudoso cuando sea susceptible de más de una interpretación que lleve a soluciones jurídicas distintas y por lo cual podría suscitarse una controversia judicial o extrajudicial. En cambio, para que se considere a un asunto como litigioso, bastaría la existencia de un juicio ante la negativa de una de las partes a cumplir con la ejecución de la prestación a la que se ha obligado o la existencia de una apreciación o negativa de un supuesto deudor.

(51) En el caso particular de las transacciones *complejas*, como se verá más adelante, las concesiones recíprocas pueden impactar o crear relaciones jurídicas ajenas a la situación litigiosa antecedente.

(52) Emplea dicha terminología: TAMAYO HAYA, Silvia. Ob. cit., p. 153.

(53) Ello en tanto el mantener dichas pretensiones implicaría una situación diametralmente opuesta a transigir: litigar.

(54) En opinión de CICERO, Cristiano (Ob. cit., p. 10), en las recíprocas concesiones se encuentra ínsito el carácter constitutivo de la transacción.

concesiones recíprocas si ninguno de los supuestos transigentes asumió como propia una postura cuya observancia buscó obtener de la otra (quien, lógicamente, no pudo haberse resistido a ejecutarla)? La respuesta es necesariamente negativa desde el plano lógico. No puede haber una renuncia a una pretensión (que es el contenido tipificador mínimo de una concesión recíproca y, por ende, de la transacción) si semejante pretensión simplemente no existió.

Evidentemente, no podría negarse que, en el caso antes narrado, un acuerdo por el que comitente y contratista solucionen la situación controvertida y le otorguen una lectura definida a la cláusula dudosa podría ser válido y eficaz bajo legislación peruana. Empero, semejante negocio jurídico no ingresará en el tipo contractual *transacción* ni se regirá por su estatuto normativo(55).

Ahora bien, en la ilustración presentada, las partes que se encontraban dubitativas respecto a los alcances de las "buenas prácticas profesionales de la ingeniería y construcción" pudieron –precisamente a causa de la oscuridad del término– asumir en concreto pretensiones enfrentadas y, consecuentemente, determinar sus derechos y sus obligaciones en función al contenido de sus respectivos entendimientos de la cláusula. Así, debido a la poca claridad del enunciado negocial, el comitente podría exigir a su contratista el empleo de estándares internacionales en ejecución del proyecto, al tiempo que el contratista podría negarse aduciendo que, a su entender, el acuerdo solo exige el empleo de estándares locales.

En el escenario descrito no está presente una mera incerteza de las partes respecto al significado de una las cláusulas del contrato de obra, sino que también (y principalmente) se aprecia una pretensión 1 del comitente (asumida sobre la base de cierta lectura del contrato) y una correlativa pretensión 2 o resistencia del contratista (consecuencia de un entendimiento opuesto de los mismos términos). En otras palabras, estamos frente a una auténtica litis, que es el terreno propio de la transacción.

Pero la exigencia de la *res litigiosa* como único antecedente del negocio jurídico transaccional no solo se fundamenta en argumentos de orden lógico, sino también en la interpretación sistemática del Derecho positivo vigente, la cual debe tomar en cuenta enunciados normativos distintos al ya analizado artículo 1302 del Código Civil. Así, el artículo 334 del Código Procesal Civil confirma la postura descrita. Según este estatuto, aplicable a la transacción judicial, "[e]n cualquier estado del proceso las partes pueden transigir su *conflicto de intereses*, incluso durante el trámite del recurso de casación y aún cuando la causa esté al voto o en discordia" [énfasis agregado]. En efecto, pese a las múltiples clases de procesos que podrían ser sometidos a conocimiento del órgano jurisdiccional, nuestro código adjetivo avala únicamente de aquella transacción (judicial) que verse sobre un proceso que contenga un conflicto de intereses cualificado, postura que favorece la tesis de la *res litigiosa*.

Otro argumento por el cual estimamos que la incerteza no debe ser tomada como un genuino requisito legal *sine qua non* de una transacción se encuentra relacionado a las grandes dosis de subjetividad que acarrearía al tráfico comercial. La incertidumbre entre individuos es un requisito primordialmente psicológico, esto es, "un motivo eventual de la contratación, una de las posibles razones que inducen a celebrar a una transacción"(56).

(55) Ídem. Se trata, en efecto, de un negocio de determinación (*accertamento*). Según una opinión (CICERO, Cristiano. Ob. cit., p. 22), la doctrina moderna define a este negocio como aquel que permite reexaminar una relación jurídica preexistente para insertar en aquella una regla de conformación instrumental de cara a la eliminación de un contexto de incerteza.

(56) RIVA, Ilaria. Ob. cit., pp. 12-13.

Si la *res dubia* fuese presupuesto autónomo de la transacción, esta última podría ser impugnada si alguna de las partes hubiese contado con absoluta certeza de la fundamentación fáctica y jurídica respecto a su entendimiento (o, de manera inversa, contando con absoluta seguridad de la ausencia de fundamentación). En ninguna de tales hipótesis se encontraría presente la incerteza en al menos una de las partes. Luego, tal negocio jurídico adolecería de un defecto causal irremediable que comprometería su validez

En sintonía con este razonamiento, se ha aseverado que la exigencia de la *res dubia* para la válida celebración de una transacción "es tanto como admitir la posibilidad de un control ulterior para los tribunales, siempre que una de las partes alegue que su pretensión estaba totalmente reconocida por el Ordenamiento. Lo que es tanto como decir, que la postura de la otra parte resultaba plenamente infundada en Derecho"[57].

Sobre el particular, la doctrina ha denominado *transacción temeraria* a la hipótesis en que un individuo celebra un negocio compositivo a sabiendas de que su entendimiento es fáctica y jurídicamente insostenible y, por ende, en la realidad de las cosas no se vislumbra ningún tipo de incerteza. En tales supuestos, a causa de su falta de fundamentación, la parte involucrada es consciente de que habría resultado perdedora en un eventual pleito judicial[58]. A la luz de lo dicho, la postura según la cual la *res dubia* constituye un componente de la transacción cuenta con una innegable ventaja: la de garantizar que los acuerdos transaccionales se perfeccionen libres de temeridad. Y es que la incerteza (*res dubia*) exige que cada transigente guarde duda racional, aunque subjetivamente valorada, respecto a los fundamentos fácticos y/o jurídicos por él invocados.

A pesar de la supuesta ventaja aludida, estimamos que la admisión de transacciones sobre asuntos puramente inciertos (y no necesariamente litigiosos) introduciría por lo menos dos nuevos problemas en el sistema contractual.

En primer lugar, facilitaría la fiscalización por el poder jurisdiccional de los acuerdos compositivos para verificar si realmente concurrió la *res dubia* al perfeccionarse una transacción. Esta tarea resulta especialmente ardua, toda vez que implica establecer *a posteriori* si en el fuero interno de los litigantes existió o no efectivamente duda racional en torno al derecho discutido[59]. Como se puede inferir, semejante potestad de supervisión ocasionaría distorsiones en el tráfico jurídico y la seguridad de los intercambios.

En segundo lugar, consagrar a la *res dubia* como presupuesto del contrato que nos ocupa socavaría gravemente el propósito típico de la propia institución: erradicar la litis de suerte que se evite la indiscriminada intervención del juez en las composiciones privadas de controversias. Si la intención del legislador fue inmunizar a la transacción frente a ciertos remedios jurídicos y patologías (como la rescisión por lesión[60]), carecería de coherencia permitir su invalidación –por ausencia de un presupuesto causal– cuando no se verifique un elemento

(57) LÓPEZ BARBA, Elena María. Ob. cit., p. 49.
(58) DEL PRATO, Enrico. Ob. cit., p. 823.
(59) Ibídem, p. 49.
(60) Código Civil peruano. Artículo 1455.-
"No procede la acción por lesión:
1.- En la transacción.
2.- En las ventas hechas por remate público".
MORALES HERVIAS, Rómulo. Ob. cit., p. 46. El autor critica dicha toma de postura por considerar que no hay ninguna razón decisiva para derogar la lesión como mecanismo de protección contra las transacciones que cuenten con esta patología.

subjetivo de muy difícil comprobación por el juez: la incertidumbre subjetiva. Indudablemente, la teoría de la *res dubia* no será apta para conseguir el blindaje deseado por el legislador, en tanto acarrearía la posibilidad de control para los tribunales de los mismos asuntos que las partes buscaron excluir de su decisión[61].

A decir verdad, el eventual interés (de alguna de las partes transigentes) dirigido a contrarrestar los efectos de la transacción temeraria ya es tutelado por el ordenamiento jurídico, aun prescindiendo de la *res dubia* como antecedente funcional de la institución. Dicho de otra manera, sería erróneo afirmar que bajo la normativa vigente el negocio transaccional temerario resulta válido y eficaz. Todo lo contrario, muy probablemente dicha hipótesis vendrá acompañada de vicios de la voluntad de las partes (dolo o error) que le permitirá a la víctima pretender su anulación, en caso corresponda[62] [63].

Con la constatación apenas efectuada, decae una de las principales ventajas de la incorporación de la *res dubia* como presupuesto causal de la transacción: la neutralización de la temeridad. Al revelarse efímero su principal aporte, no queda mayor fundamento para afirmar que la incerteza subjetiva configura, de manera autónoma (desligada de la *res litigiosa*), presupuesto causal de la transacción.

Desde esta perspectiva, ¿qué rol juega (si alguno) la duda o incerteza de las partes en el marco del negocio jurídico que ahora nos ocupa? ¿Debería simplemente omitirse toda mención al referido término en el artículo 1302 Código Civil? ¿Puede materializarse en algún contenido operativo a la mención operada en el referido dispositivo? A continuación, propondremos un ejemplo que permitirá construir la respuesta a tales interrogantes.

El contratista "B" reclama compensación por ciertos trabajos adicionales (pretensión 1), los cuales a su parecer no se encuentran comprendidos en el alcance de trabajos contratado. Por su parte, el comitente "A" se niega al reconocimiento de monto alguno por dicho concepto (pretensión 2 o resistencia a la pretensión 1) por estimar que los supuestos trabajos adicionales en realidad no eran tales, sino que formaban parte de las actividades contractualmente asumidas por "B". En este caso, existe incertidumbre en "A" y "B" respecto a la correcta interpretación de la cláusula que regula el alcance de trabajos y del anexo que lista las especificaciones técnicas convenidas. Como consecuencia de dicha oscuridad hermenéutica, se generó una pretensión 1 de "B" y la consiguiente resistencia o pretensión 2 de "A" (respecto al reconocimiento de las prestaciones adicionales).

En el ejemplo concurren los caracteres de la litigiosidad y la incerteza, por lo que no cabe la menor duda de que podría perfeccionarse una transacción. Pero veamos la potencialidad aislada de cada uno de tales componentes funcionales para erigirse como presupuesto funcional del (eventual) acuerdo compositivo.

Aun cuando en el ejemplo propuesto "A" y "B" se hubiesen encontrado totalmente seguros de sus respectivas posiciones asumidas y de la consiguiente carencia de amparo de la pretensión ajena (situación de ausencia bilateral de *res dubia*), permanecería firme el conflicto

(61) LÓPEZ BARBA, Elena María. Ob. cit., p. 52 (nota al pie).

(62) Código Civil italiano. Artículo 1971.-
"Si una de las partes era consciente de la temeridad de su pretensión, la otra puede solicitar la anulación de la transacción".

(63) Como se sabe, el régimen de los vicios de la voluntad no supone automáticamente la invalidación de los efectos de un negocio jurídico, consecuencia que sí se desprendería lógicamente si se acepta que la incertidumbre subjetiva se erige como presupuesto de la transacción.

de intereses cualificado (el cual se desinteresa por el amparo legal de cada postura). De esta manera, atendiendo a la litigiosidad preexistente, "A" y "B" podrían programar las concesiones recíprocas por las cuales retrocedan en las pretensiones que una dirigió a la otra y viceversa. Empero, si no hubiese existido pretensiones enfrentadas entre "A" y "B" (ausencia de *res litigiosa*), a pesar de haberse presentado una *res dubia* respecto al alcance del trabajo, desde un punto de vista lógico no hubiesen podido programarse ni concesiones recíprocas entre "A" y "B" ni superación de litis alguna. Y es que resulta un imposible lógico y jurídico que "A" y "B" puedan ceder en pretensiones iniciales que jamás propusieron originalmente. La *res litigiosa* no es capaz de explicar las concesiones recíprocas, componentes tipificadores *sine qua non* de una transacción.

De ello se desprende que la *res dubia* es una característica que, en caso esté presente, no es suficiente *per se* para configurar una *transacción*. Para tales fines es indispensable una *res litigiosa*. Empero, el caso propuesto también permite apreciar que la incerteza (sea oscuridad interpretativa o divergencia de fundamentos fácticos o jurídicos) sí suele desplegar algún tipo de rol instrumental: el de constituir la situación que lleva a las partes a plantear las pretensiones en disputa.

Puesto en otros términos, cuando en una transacción converjan *res dubia* y *res litigiosa*, la segunda será su único y real presupuesto funcional, el cual frecuentemente englobará a la primera. En cambio, la *res dubia* desempeña un rol instrumental en el plano de los motivos (esto es, el de la irrelevancia jurídica[64]): es el caldo de cultivo donde se engendra el conflicto de intereses.

A similar conclusión ha arribado CICERO, según el cual, si bien la divergencia de posiciones de las partes no necesariamente debe estar caracterizada por la incerteza, cuando tal situación efectivamente concurra "esta se presenta como un aspecto de la litis, quedando absorbida en esta última, sin que pueda atribuirse a la misma algún tipo de relevancia autónoma"[65].

Cierta opinión ha confirmado la validez de esta conclusión en nuestro país, sobre la base de una lectura histórica de la expresión "derecho dudoso" (*droit deutex*) acuñada en la doctrina francesa:

> (...) dentro de la doctrina francesa, la referencia a "derecho dudoso" (*droit douteux*, en francés) es citada y empleada por Félix Bigot-Préameneu, quien la usa en su presentación del 15 de marzo de 1804 (¡y atención con la conclusión!) en el sentido de derecho "en conflicto" o "en controversia".

En dicho sentido, Bigot-Préameneu afirma en su presentación que "un derecho en conflicto (*droit douteux*) y la certeza que las partes quisieron buscar una solución y zanjar sus intereses son las características que identifican y constituyen la naturaleza de este contrato [de transacción]".

Así, ciertamente, algunos autores conceptualizan sobre lo que se debe entender por *droit douteaux* en Francia. Sin embargo, modernamente ha sentenciado el profesor Jarroson que "no es puesta en duda (para hablar de transacción) la exigencia de un litigio (*res litigiosa*) y no de una simple incerteza (*res dubia*)"[66].

(64) Véase, entre muchos otros: MOSCARINI, Lucio y Nicola CORBO. Ob. cit., p. 3. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la aplicación de la disciplina de los vicios de la voluntad, cuando corresponda.

(65) CICERO, Cristiano. Ob. cit., p. 17.

(66) GABRIEL RIVERA, José Luis. Ob. cit., p. 99.

Como conclusión de este apartado, la lectura del artículo 1302 del Código Civil, a la luz de una interpretación que considere los elementos lógicos y funcionales de la figura que nos ocupa, determina que el único elemento tipificador de la transacción se encuentra dado por la litis, entendida como un conflicto de intereses cualificado (en el que un individuo ostente una pretensión y el otro oponga resistencia a esta). Ello independientemente de que realmente se verifique o no una situación de incerteza (*res dubia*) en la relación litigiosa o que exista temeridad en alguna de las pretensiones de las partes[67]. La *res dubia*, en contraste, es una característica coyuntural e instrumental a la litis[68] que, si bien suele explicar el surgimiento de disputas, carece de valor jurídico autónomo.

Con base en las conclusiones presentadas, un contrato no podrá ser calificado como transacción cuando la *res litigiosa* se encuentre ausente. Por ejemplo, imagínese que, en ejecución de un contrato de mutuo, una financiera coloca USD 10,000.00 a favor de un deudor y este último no cumple con su obligación restitutoria con intereses conforme al cronograma pactado. En tal supuesto, no podría ser calificado como transacción el acuerdo por el cual la financiadora, en vista del reconocimiento de insolvencia del deudor (quien jamás objetó la pretensión de su contraparte), recibe una suma de USD 7,000.00 y da por extinguida la deuda con el propósito de evitar los costos y las dificultades de iniciar un proceso judicial de cobro.

2.2. Las concesiones recíprocas de las partes

El segundo elemento tipificador de la transacción se encuentra dado por las concesiones recíprocas que las partes se procuran entre sí, conforme reconoce expresamente el artículo 1302 del Código Civil.

El mencionado componente halla su origen histórico en la Ley 38, Título 4, del Libro segundo del *Codex*, la cual establece con claridad que en el Derecho Romano "en manera alguna ninguna se verifica transacción, sin que nada se dé, se retenga o se prometa"[69]. La necesidad de estipular concesiones recíprocas en una transacción no fue incorporada en el Código Civil francés, debido a la influencia de DOMAT y a la circunstancial falta de abordaje de la categoría por parte de POTHIER[70]. No obstante, las concesiones recíprocas sí fueron recogidas por el artículo 1764 del Código Civil italiano de 1865[71] y por el artículo 1809 del Código Civil español vigente[72].

(67) DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción anotada y concordada con la legislación española de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, t. II, vol. I, Reus, Madrid, 1944, p. 520.

(68) D'ONOFRIO, Paolo, *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*, Jurista, Lima, 2007, p. 459. Según el autor, no se trata de un negocio de determinación, el cual solo tiene por efecto declarar cuál es la situación jurídica preexistente. En la transacción, las partes determinan una situación que puede o no coincidir con la situación precedente.

(69) C. 2,4,38, *Transactio, nullo dato vel retento sen promisso, minime procedit*, traducido por LOPEZ BARBA, Elena María. Ob. cit., p. 81.

(70) LÓPEZ BARBA, Elena María. Ob. cit., pp. 84- 85.

(71) Código Civil italiano de 1865. Artículo 1764.-
"La transacción es un contrato con el cual las partes dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, ponen fin a una litis ya iniciada o previenen una litis que puede surgir".

(72) Código Civil español. Artículo 1809.-
"La transacción es 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 había comenzado".

Al regular las concesiones recíprocas, el artículo 1302 del Código Civil peruano determina la calificación sinalagmática del contrato de transacción[73]. Los contratos sinalagmáticos (o, para emplear la terminología legislativa, contratos "de prestaciones recíprocas") son aquellos en los cuales la prestación contractual[74] a cargo de una de las partes es programada como compensación de la prestación a cargo de la contraparte (esto es, la contraprestación). En ese sentido, prestación y contraprestación están unidas por un vínculo de interdependencia o justificación recíproca que se encuentra presente tanto en el nacimiento de la relación contractual (sinalagma genético) como en su desenvolvimiento (sinalagma funcional)[75] [76].

La importancia práctica de considerar a la transacción como contrato sinalagmático pasa por el tratamiento normativo al que quedará sujeta. En efecto, por su propia naturaleza, al referido acuerdo compositivo le serían aplicables *mutatis mutandis* remedios sinalagmáticos tales como la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de plazo, la resolución por incumplimiento[77] y las reglas especiales sobre la teoría del riesgo. Ello, desde luego, siempre y cuando la aplicación de las mencionadas formas de tutela se encuentre en sintonía con la naturaleza de la institución[78].

Con todo, entre las "prestaciones recíprocas" (a que se refieren los artículos 1428, 1427, 1428 y 1431 del Código Civil) y las "concesiones recíprocas" (a que se refiere el artículo 1302 del Código Civil) no existe una relación de absoluta identificación, sino, como veremos a continuación, una relación de género-especie. En efecto, las concesiones recíprocas son las prestaciones recíprocas programadas a cargo de los agentes transigentes con el propósito de solucionar una situación jurídica litigiosa preexistente y cuentan con ciertas peculiaridades que pasaremos a desarrollar.

A mayor detalle, es menester señalar que las concesiones recíprocas se encuentran estrechamente relacionadas a las pretensiones contrapuestas de los litigantes, las cuales dieron origen a la *res litigiosa* antecedente al acuerdo compositivo. En efecto, en las hipótesis más elementales de *transacción*, las concesiones recíprocas residen en renuncias parciales de los litigantes respecto a sus pretensiones originalmente enfrentadas. Se trata de flexibilizaciones o retrocesos mutuos a las posiciones encontradas asumidas originalmente por las partes transigentes, con el propósito de cerrar el conflicto de intereses. Como veremos más adelante, esta hipótesis adopta la denominación de transacción *simple*.

(73) Considerar a la sinalagmatividad es un aspecto unánime en doctrina. Cfr.: TAMAYO HAYA, Silvia. Ob. cit., pp. 62-63. Contra: COLOMBO, Claudio, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padua, Cedam, 1999, p. 187. El autor considera que la transacción es un contrato con fin común y no sinalagmático, puesto que –a su entender– todas las partes tienen como objetivo la composición de la litis o su prevención. Por nuestra parte, estimamos que esta aseveración resulta apresurada en tanto toma en cuenta únicamente el aspecto funcional de la transacción y no así su contenido prestacional.

(74) Cabe aclarar que para efectos de definir al referido término nos adherimos a lo señalado por ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción del italiano al cuidado de Eugenia Ariano, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 321.

(75) Al respecto, véase TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., p. 208.

(76) Normalmente, el vínculo sinalagmático se presenta entre dos partes. No obstante ello, el dato legislativo permite entender que en una transacción tres o más partes pueden programar concesiones recíprocas a su cargo, dando lugar a una suerte de sinalagma complejo.

(77) Una excepción a ello se encuentra dada por la disciplina de la transacción judicial. En efecto, según el segundo párrafo del artículo 337 del Código Procesal Civil, "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 esta".

(78) Al respecto, véase el apartado 5.2 del presente trabajo.

En tales escenarios, las concesiones constituirán una "solución a medio camino" o "una línea media o línea de compromiso"[79] entre las pretensiones opuestas de las partes[80] con la finalidad de superar la litis existente. En términos coloquiales, se trataría de un *perder ganando*, pues las concesiones implicarán sacrificios específicos de ambos actores del litigio preexistente. A decir de un sector de la doctrina nacional:

> La existencia de las concesiones recíprocas debe medirse en función de lo que una parte pretendía tener derecho respecto a la otra, y, a su vez, de lo que esta le negaba a aquella, de tal forma como que como resultado de la transacción una parte obtenga menores ventajas de las que pretendía tener derecho y mayores de aquellas que la otra parte estaba dispuesta a reconocerle[81].

Para ejemplificar lo señalado, imagínese que, en el marco de un financiamiento, la sociedad financista "A" exigiese, a título de intereses moratorios, el pago de USD 10,000.00 (pretensión 1) y, por su parte, el prestamista "B" se negase a pagar tal cantidad (pretensión 2 o resistencia a la pretensión 1) alegando que se le había concedido verbalmente una prórroga tácita para su obligación de restitución. Posteriormente, ambas partes arriban un contrato de transacción por el cual estipulan que "B" pagará únicamente una suma ascendente a USD 3000.00 según un cronograma estipulado en el mismo acto. En tal hipótesis, el financista habrá cedido parcialmente en su pretensión 1 original, pues percibirá únicamente un porcentaje de la cantidad primitivamente reclamada a su contraparte. Por su parte, el deudor también habrá asumido la flexibilización respecto de su resistencia inicial (pretensión 2), pues habrá pasado de no reconocer ningún tipo de deuda a abonar USD 3,000.00.

Pero, como se verá a detalle más adelante, las concesiones recíprocas pueden no solo consistir en renuncias parciales a las pretensiones originales. En efecto, tales concesiones se pueden materializar en una renuncia (total o parcial) a la pretensión primitiva de un litigante a cambio de ventajas a favor de este último con ocasión a otras relaciones jurídicas. Y es que tras la renuncia a la pretensión "A" de una parte, la otra bien podría mantener su pretensión "B", siempre y cuando asuma, a título de concesión recíproca, un sacrificio consistente en crear o mutar relaciones jurídicas ajenas la *res litigiosa*. Este supuesto dará lugar a una transacción *compleja*.

En las transacciones *complejas*, las concesiones recíprocas programadas pueden dar lugar a una multiplicidad de cambios jurídicos en las posiciones de las partes, aunque tales mutaciones contribuirán funcionalmente a finiquitar la litis o conflicto de intereses cualificado. A mayor detalle, el contrato *complejo* de transacción podrá desplegar efectos constitutivos, modificativos, traslativos, abdicativos, extintivos, renunciativos, novativos, normativos y similares. Empero, "todos estos potenciales efectos negociales no son fines en sí mismos, no son "anónimos", sino que sirven a la composición de una litis, la cual constituye presupuesto esencial para la existencia del contrato[82].

Lo mencionado en el párrafo anterior se vincula estrechamente con la elasticidad del tipo negocial *transacción*. Aquel término alude a la potencialidad de tipo para soportar variaciones en su contenido sin que un aspecto específico exorbite el modelo descrito por el legislador.

(79) CARRESI, Franco. Ob. cit., p. 483. Por su parte, TAMAYO HAYA, Silvia. Ob. cit., p. 154, considera que una solución intermedia solo puede predicarse ante la transacción *pura* o *simple*.
(80) MICCIO, Renato. Ob. cit., p. 453.
(81) FERRERO COSTA, Raúl. Ob. cit., p. 305.
(82) RIVA, Ilaria. Ob. cit., p. 20.

Así, la elasticidad del tipo ha sido concebida como "la mayor o menor amplitud de los márgenes dentro de los cuales puede variar el contenido contractual, sin que se salga de los límites del tipo"[83]. La definición legal del tipo negocial puede ser más o menos rigurosa. Lo primero acontece cuando el legislador detalla múltiples elementos del contenido de una operación económica: define a la prestación, dictamina la necesidad de una contraprestación individualizada, delinea la función económica y asigna nítidamente riesgos, responsabilidades, remedios jurídicos, prohibiciones y formalidades. En cambio, el tipo legal será más riguroso (y, por ende, menos elástico) cuando se define la prestación involucrada y solo algún otro de los aludidos elementos[84]. Cuanto más baja es la definición legal del tipo, mayor será su elasticidad[85].

La definición legal del tipo contractual *transacción* (cuando presente contenido unitario) es baja, por lo que su elasticidad es elevada. En otros términos, la transacción unitaria es capaz de englobar, sin exceder los límites de calificación trazados por el legislador, una multiplicidad de cambios jurídicos dispuestos en calidad de concesiones recíprocas. Estas últimas pueden consistir no solo en renuncias a las pretensiones primigenias de los litigantes (transacción *simple*), sino también en la creación, la regulación, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas distintas al objeto de la controversia, sin precisar mayores detalles sobre el tipo de cambio jurídico provocado (transacción *compleja unitaria*).

En otro orden de cosas, debe considerarse que no existirán concesiones recíprocas (ni, por ende, contrato de transacción) en cualquiera de los siguientes casos: (i) si un acreedor conviene con su deudor la eliminación de la deuda de este último[86] o simplemente remite su crédito; (ii) en los contratos gratuitos[87], en los contratos bilaterales imperfectos, en los contratos de determinación (*accertamento*)[88]; y (iii) en el allanamiento, al desistimiento procesal o a cualquier otro mecanismo admitido por el ordenamiento en virtud del cual se da fin a un proceso en marcha.

Por último, cabe señalar que la existencia de concesiones recíprocas no implica que ambos transigentes cedan en una proporción o magnitud económica[89] objetivamente idéntica. En efecto, dado que la configuración del equilibrio contractual es como regla subjetiva, la valoración económica de las prestaciones es una cuestión cuya fijación compete a las partes (en función a sus estimaciones, su eficiencia económica y su conveniencia interna). Es decir, como regla, existirá transacción independientemente de la relación concreta de equivalencia entre *datum* y *retentum*, siempre y cuando existan sacrificios (concesiones mutuas) de las partes transigentes[90].

2.3. La función económica de superación de la litis

El tercer elemento tipificador de la *transacción* se encuentra dado por su función económica típica: la superación de la litis. Este carácter distingue a la institución bajo comentario

(83) Ibídem, p. 398.
(84) ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., pp. 397-398.
(85) Ibídem, p. 398.
(86) Código Civil peruano. 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".
(87) LÓPEZ BARBA, Elena María. Ob. cit., p. 96.
(88) En realidad, prescindiendo de la existencia de recíprocas concesiones, disminuirían notablemente las posibilidades de distinción clara entre la transacción y el negocio de determinación (*accertamento*).
(89) MEDICUS, Dieter. Ob. cit., p. 137.
(90) FRANZONI, Massimo. Ob. cit., p. 1064.

de cualquiera de los contratos típicos sinalagmáticos regulados tanto en el Código Civil como en leyes especiales (tales como la compraventa, la permuta, el suministro, el arrendamiento, el *leasing* y otros).

En opinión de LÓPEZ BARBA, la superación de la litis es el elemento menos controvertido de transacción, en vista de que coincide con una finalidad de la institución que ha quedado fielmente reflejada en todos los textos a aquella dedicados desde el Derecho Romano(91), así como en la mayoría de codificaciones civiles a nivel comparado. La finalidad de superación del conflicto(92) es formulada en términos de sustitución de una situación litigiosa por una situación no litigiosa(93), "composición de la litis mediante recíprocas concesiones de las partes"(94) o en "dar por terminado el proceso en marcha o evitar que pueda iniciarse en el futuro"(95)(96)(97).

El elemento descrito en el párrafo anterior es consagrado por los dos artículos del Código Civil bajo comentario:

(i) Por el artículo 1302, al hacer referencia a (...) "evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado".

(ii) Por el artículo 1303, según el cual "la transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción".

La función típica de superación de la litis no se ve permeada por los motivos individuales, subjetivos y psicológicos que inducen a las partes transigentes a contratar, pues aquellos, como regla, son jurídicamente irrelevantes. Empero, cuando el motivo común a ambas partes ha sido objetivizado en el contrato y ha devenido en el fundamento ineludible del consentimiento, aquel se alejará del plano de la irrelevancia e integrará la causa del contrato, como concreta razón justificativa del vínculo negocial(98). En otras palabras, si bien la función de la transacción consistente en la erradicación de la controversia es abstracta, podría ser complementada en casa caso específico con un ámbito de operatividad mayor conforme a la común intención de las partes. La síntesis de la función típica y la función concreta dará lugar a la causa del contrato de transacción.

El instrumento concreto que la norma asigna a los transigentes para canalizar la función de la transacción y evitar la reapertura de la *res litigiosa* consiste en una excepción. En efecto, si tras haber acordado una transacción, una parte demanda a la otra algún aspecto

(91) LÓPEZ BARBA, Elena María. Ob. cit., p. 102.
(92) Según CICERO, Cristiano. Ob. cit., p. 2, la formulación es atribuible a SANTORO PASSARELLI.
(93) DE RUGGIERO, Roberto. Ob. cit., p. 457.
(94) FRANZONI, Massimo. Ob. cit., p. 1088.
(95) LÓPEZ BARBA, Elena María. Ob. cit., p. 103.
(96) Contra: Sentencia del Primer Pleno Casatorio Civil, según la cual "la causa o función de la transacción es la composición de la controversia jurídica que existe entre las partes".
Como podría apreciarse, esta controversia no necesariamente podría pasar por la superación de una litis, sino también por la mera superación de una situación de incerteza. Sin embargo, la referida sentencia parece modificar su posición inicial (numeral 10, apartado V "Consideraciones"), al equiparar la intención compositiva del litigio a la eliminación de la controversia.
(97) Lo mencionado anteriormente constituye otra razón por la cual los negocios jurídicos interpretativos o determinativos, a los cuales les es absolutamente ajena dicha función, no pueden ser calificados como la institución que nos ocupa en las presentes líneas.
(98) RIVA, Ilaria. Ob. cit., p. 27. A criterio de la autora, así se supera el riesgo de superposición entre causa en abstracto y causa en concreto.

de la controversia tranzada, el demandado se encontraría facultado para proponer semejante defensa[99].

Por otra parte, es menester señalar que superar la litis no implica que la transacción (i) canalice la función jurisdiccional ni (ii) atribuya *inter partes* responsabilidades, culpas, exenciones u otros aspectos de puro derecho[100]. A decir verdad, la facultad de declarar una situación de hecho como "jurídicamente verdadera"[101] (potestad de juicio) se encuentra fuera del campo de actuación de la autonomía privada. Semejante atribución queda reservada a la sentencia, al laudo o, de forma más general, a los poderes públicos. Los agentes transigentes se limitan a erradicar una litis mediante concesiones recíprocas desinteresándose por la aclaración de la situación jurídica real[102].

Algunas transacciones podrían dar lugar a novación, en caso extingan una relación litigiosa obligacional antecedente y la reemplacen por el vínculo engendrado por el acuerdo transaccional. Empero, no se debe confundir la finalidad típica de la transacción con aquella propia de la novación[103][104]. La figura que nos ocupa en estas líneas no tiene al *animus novandi* como elemento constante tipificador, sino como un componente que eventualmente podría aportar a la composición de la controversia. En suma, la relación entre las funciones de la transacción y de la novación es coyuntural, por lo que ambos tipos legales cuentan con propósitos distintos e inconfundibles.

2.4. Acerca de la renuncia de las partes "a cualquier acción" sobre el objeto de la transacción

Conforme al artículo 1303 del Código Civil, "[l]a transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción". Dicho dispositivo halla su antecedente directo en el artículo 1309 del Código Civil de 1936, el cual sostiene lo siguiente[105]:

> Código Civil peruano de 1936. Artículo 1309.-
>
> 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.

(99) Si bien la naturaleza de esta excepción exorbita de los límites del presente comentario, es pertinente mencionar que para MORALES HERVIAS, Romulo ("Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 116, Lima, 2008, p. 43), la excepción de transacción cuenta con naturaleza sustancial y no procesal. En efecto, según el autor, "toda transacción extrajudicial puede ser deducida como hecho impeditivo, modificativo o extintivo en la contestación de la demanda a fin de que el juez al momento de sentenciar establezca, de resultar probada y en base al Derecho sustancial, sus consecuencias".

(100) FRANZONI, Massimo. Ob. cit., pp. 1063 y 1088, DEL PRATO, Enrico. Ob. cit., p. 813.

(101) MICCIO, Renato. Ob. cit., p. 454.

(102) RIVA, Ilaria. Ob. cit., p. 28.

(103) Código Civil peruano. Artículo 1277.-
"Por la novación se sustituye una obligación por otra.
Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva".

(104) En contra de ello se encuentran algunas regulaciones como la del Código Civil austriaco, mencionado anteriormente. En efecto, el § 1380 de dicho cuerpo normativo, dispone lo siguiente: "El contrato de novación, mediante el cual se definen derechos litigiosos o dudosos, en virtud del cual cada una de las partes se obliga respecto a la otra a dar, hacer o transferir alguna cosa, llámese transacción. La transacción pertenece a los contratos bilaterales y se regula según los mismos principios".

(105) Esta redacción, empero, se remonta al Código Civil de 1852.

Como se advierte, más allá de la supresión de la necesidad de inclusión de las "circunstancias del convenio" en el contenido de la transacción, el artículo 1303 del Código Civil es virtualmente idéntico a su antecesor.

El siguiente caso nos ilustrará sobre cómo se ha venido entendiendo el artículo 1303 en la práctica. El empleador "A" y el trabajador "B" se ven envueltos en un asunto litigioso originado por la discrepancia sobre el pago de S/ 10,000.00 por horas de trabajo en feriados y horas extras durante el primer trimestre del año 2019. Por un lado, "B" exige que su empleador honre los referidos pagos en su integridad (pretensión 1), mientras que la empresa "A" se niega a cumplir con dicha exigencia (pretensión 2 o resistencia a la pretensión 1) por estimar que las sumas que le correspondían al trabajador por tales conceptos eran menores y sí fueron pagadas conforme a ley.

Mediante la transacción, al amparo del segundo párrafo del artículo 1302 del Código Civil, "A" se compromete a otorgar una gratificación extraordinaria a favor del trabajador, por un monto de S/ 3,020.90 menos los descuentos de ley. Ello con el expreso propósito de evitar la continuidad del conflicto y los inconvenientes asociados al eventual pleito judicial. Por su parte, con sujeción al artículo 1303 del Código Civil, el trabajador "B" "renuncia" a iniciar algún tipo de acción legal laboral, civil y/o penal contra "A" y/o sus representantes, por los hechos mencionados anteriormente.

En el caso explicitado, las "renuncias" de las partes transigentes con ocasión a la transacción podrían ser entendidas (aunque erróneamente) como renuncias a acciones jurisdiccionales de índole penal, civil o laboral. Esta primera lectura del término "renuncia" sería incorrecta, pues atribuir a cada contrayente la potencialidad de eliminar, mediante el uso de la autonomía privada, su derecho de acción[106] implicaría una lesión inaceptable del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva. En ese sentido, a pesar de la literalidad de su redacción, el artículo 1303 no debe ser entendido en el sentido de permitir (ni menos en el de prescribir) la renuncia de las partes a ejercer un derecho constitucional (por definición, irrenunciable). Semejante interpretación, daría lugar a una cláusula nula por atentar contra normas de orden público[107]. Un pacto nulo no puede conformar el contenido de ningún esquema comercial en el Derecho peruano.

A decir verdad, la "renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción" mencionada en el artículo 1303 debe entenderse como un reconocimiento o, más bien, una explicitación de dos componentes tipificadores ya conocidos de la estructura negocial que nos convoca.

En primer lugar, cuando el dispositivo legal ahora comentado prevé la "renuncia" de las partes transigentes a "acciones", alude nada menos que a las concesiones recíprocas de los contrayentes. Como se explicó anteriormente, tales concesiones deben consistir mínimamente (aunque pueden no agotarse) en la renuncia de los transigentes a las pretensiones inicialmente contrapuestas (cuyo planteamiento original configuró la *res litigiosa*).

En segundo lugar, el artículo 1303 alude a la superación de la litis, función típica propia del tipo contractual *transacción*. Y es que, mediante las concesiones recíprocas, que incluyen

(106) El derecho de acción debe ser entendido como aquel derecho abstracto consistente en la posibilidad de los individuos de acudir a los órganos competentes de la función jurisdiccional para dirimir una controversia y hallar tutela a las situaciones jurídicas sustanciales invocadas.

(107) Como son los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

las renuncias descritas en el párrafo precedente, las partes erradican la cuestión litigiosa que las involucra. De esta forma, las partes cierran consensualmente el "objeto" de la transacción, esto es, el conflicto de intereses cualificado.

Conforme a esta lectura, antes que regular un nuevo elemento caracterizador de la institución materia de análisis, el artículo 1303 resume en una única fórmula dos componentes tipificadores de la transacción ya previamente previstos en el artículo 1302: las concesiones recíprocas y la función de superación de la litis. De allí que el propósito del dispositivo legal no es otro que el de reforzar la idea según la cual, para que un contrato pueda ser calificado como transacción, la común intención de las partes debe estar encaminada a la culminación del litigio mediante concesiones recíprocas.

Parafraseando la perspectiva presentada, la transacción no enerva el ejercicio del derecho de acción para sus autores, sino que implica únicamente que entre las recíprocas concesiones consensuadas se encontrarán renuncias a las pretensiones que primitivamente configuraron la *res litigiosa*. Consecuentemente, una eventual demanda (que canalice precisamente el ejercicio de su derecho de acción) de alguno de los transigentes relacionada a la materia litigiosa previamente erradicada con la composición privada, podrá ser neutralizada exitosamente por la contraparte mediante una excepción. Y es que el asunto litigioso actualmente demandado ya había sido *cerrado* por las partes. De esta forma, si bien los autores del negocio conservan incólume su derecho constitucional de acción, verán en el futuro impedidas las pretensiones que canalicen por la vía jurisdiccional (si estas últimas se encuentran dirigidas a reabrir algún aspecto de la *res litigiosa* transigida).

Conforme a este entendimiento, el hecho de que las partes bloqueen sus posibilidades de hacer valer exitosamente futuras acciones jurisdiccionales o arbitrales no bloquea el ejercicio de ningún derecho fundamental, sino que es una consecuencia jurídica de la transacción como contrato. Si un conflicto es superado a través de un acuerdo compositivo, la litigiosidad, presupuesto de las potenciales acciones de las partes respecto a la relación controvertida, habrá decaído. Por consiguiente, pese a que ninguna de las partes habrá perdido su derecho fundamental de acción, resulta natural que decaigan sus posibilidades de obtener un pronunciamiento judicial favorable sobre algún aspecto de la litis compuesta.

Ahora bien, incluso tras la aclaración desarrollada anteriormente, estimamos que la redacción del artículo 1303 (al regular la "renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción") continúa siendo perfectible. A continuación, pasaremos a mencionar las razones de la afirmación efectuada.

En primer lugar, la proclamada "renuncia de las partes" no necesariamente será total, como la literalidad del artículo 1303 parecería indicar. También podría tratarse de renuncias parciales, flexibilizaciones o retrocesos de las posiciones originales de los litigantes. En estos casos, las partes hallarán un punto medio a sus posiciones encontradas, lo cual puede desde luego finiquitar un conflicto de intereses.

De otro lado, las renuncias a las pretensiones en disputa de las partes transigentes (a título de concesiones recíprocas) no necesariamente deben provenir de todas las partes aludidas. En efecto, en una transacción *compleja*, tras la renuncia a la pretensión "A" de una parte, es perfectamente posible que la otra parte mantenga su pretensión "B" (sin renunciar a aquella), siempre y cuando la última parte se comprometa a ejecutar una concesión recíproca de distinta índole. Semejante concesión (que en estricto no es una renuncia a una pretensión antecedente) podría consistir en crear o alterar relaciones jurídicas ajenas la *res litigiosa*. En esta

hipótesis, la litis se cierra sin que todas partes renuncien a sus pretensiones, en tanto una de estas (la pretensión "B") permanece incólume. Sin embargo, mediante la renuncia operada a la pretensión "A", la pretensión "B" carecerá de oposición y, consecuentemente, por sí sola, no podrá hacer perdurar el conflicto de intereses. A este resultado contribuye la concesión recíproca efectuada por el transigente que mantiene en pie su planteamiento.

En tercer y último lugar, la literalidad de la frase "debe contener la renuncia" podría llevar a pensar que el artículo 1303 es una norma imperativa, de suerte que la inexistencia de las renuncias ocasionaría la nulidad de la transacción por ilegalidad. Empero, dicha impresión sería equivocada. Una lectura analítica de la institución nos llevará a comprender que, más que una disposición mandatoria, el artículo 1303 es una norma asociada a la calificación del contrato materia de análisis. Por ello, si tras haberse verificado la presencia de renuncias (*rectius*: concesiones recíprocas) a pretensiones que configuran una *res litigiosa*, se advierte la ausencia o exclusión de renuncias relativas a otras litis (ya surgidas) de la misma relación jurídica, el contrato puede ser encuadrado como una transacción (aunque con un objeto acotado). En efecto, en tal caso el acuerdo compositivo no superará todas las litis producidas en el seno de una relación jurídica.

En cambio, si las renuncias a las pretensiones que generaron la litis (o por lo menos una renuncia efectuada a cambio de una concesión recíproca de distinta índole) simplemente no se encuentran presentes en el acto de autonomía privada, se configurará un negocio jurídico de naturaleza ajena a la transacción (aunque no por ello inválido). En tal caso, nos podríamos encontrar frente a un negocio de determinación (*accertamento*), una novación, una condonación o la modificación de un acuerdo preexistente.

Pasando a otro importante punto, en la praxis transaccional se verifica que la formulación de las renuncias a las pretensiones que conforman el asunto litigioso (concesiones recíprocas) suele incorporarse de forma expresa, aunque genérica. Empero, naturalmente, la renuncia debe referirse a materias disponibles a la autonomía privada de las partes transigentes, conforme al artículo 1305 del Código Civil[108].

Como tópico final a este apartado, cabe señalar que las renuncias a las pretensiones de las partes (que integran las concesiones recíprocas) podrían superar la totalidad de litigios aflorados en el marco de un único contrato u otra fuente única de relaciones jurídicas. Si ello llegase a ocurrir, las partes habrán compuesto voluntariamente la universalidad de controversias asociadas a aquella relación unitaria y carecerá de sentido el inicio de un pleito judicial o arbitral, pues una eventual demanda en estas circunstancias estaría destinada a fracasar.

Empero, la superación de la universalidad de aspectos litigiosos no siempre se verificará en la realidad. La autonomía privada podría determinar que, en una misma relación jurídica, las partes cierren únicamente ciertos aspectos litigiosos individualizados, dejando fuera de la composición a diversos conflictos de intereses ya detonados. En este último escenario, las pretensiones que las conforman las litis excluidas permanecerán insuperadas y latentes. Consecuentemente, las partes tendrán las puertas abiertas para acudir a los mecanismos de solución de controversias que correspondan con la finalidad de reclamarlas.

(108) Código Civil peruano. Artículo 1305.-
"Solo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción".

A continuación, se propone un ejemplo de transacción que alcanza y supera únicamente una litis (voluntariamente determinada) excluyendo a las otras. Todo ello en el marco de una única relación jurídica compleja derivada de un contrato de consorcio.

El Estado peruano entregó a una concesionaria cierta área para el diseño, la gestión de compras, la construcción, la puesta en funcionamiento y la operación de infraestructura vial, en el marco de un contrato de concesión. La concesionaria era una sociedad vehículo participada por las empresas "X" e "Y" quienes, su vez, asumieron el alcance de ejecución de la etapa pre-operativa del proyecto a través de la celebración, con la concesionaria, un contrato *back-to-back* con el contrato de concesión. "X" e "Y", en su calidad de ejecutoras del proyecto, se encontraban vinculadas entre sí en virtud de un contrato de consorcio. Es el caso de que la concesionaria entregó el área previamente mencionada al consorciado "X", quien, entre otras obras de la concesión, construyó una canalización de concreto y montó múltiples conductos por donde deberían pasar cables correspondientes a diversas tecnologías del proyecto.

"X" e "Y" tuvieron lecturas divergentes respecto a las especificaciones técnicas del proyecto, lo que ocasionó un entendimiento contrapuesto sobre cuál de las dos consorciadas debía construir las canalizaciones por donde debían pasar las tecnologías a cargo de "Y". Por un lado, "Y" aseveró que la elaboración de dicha obra formaba parte del alcance de trabajos de "X" frente a la concesionaria. Consecuentemente, "Y" solicitó se le permita acceder al sitio y emplear los conductos construidos por "X" para montar los cables correspondientes a sus tecnologías (pretensión 1). Por su parte, "X" tuvo una interpretación radicalmente distinta, pues juzgó que las canalizaciones para las tecnologías de "Y" no formaban parte de su *scope* y, como consecuencia, si "Y" quería tender sus cables en aquellas estructuras, debía llegar a un acuerdo económico para compensar a "X" por, aproximadamente, USD 3 millones. Como consecuencia de este punto muerto, "X", quien tenía a su cargo la custodia del área donde se encontraban las canalizaciones ya construidas, decidió negarse a dar acceso a "Y" e impedir el tendido de sus cables en dicha zona (pretensión 2 o resistencia a la pretensión 1).

El *impasse* descrito atrasó actividades importantes a cargo de "Y" (y de la propia concesionaria), al punto de impactar en la ruta crítica del proyecto. Esta situación postergó la culminación sustancial del proyecto y ocasionó que el Estado impusiera penalidades a la concesionaria.

Con la finalidad de evitar la generación de mayores penalidades y evitar seguir poniendo en riesgo del proyecto, "X" e "Y" celebraron una transacción extrajudicial destinada únicamente a desbloquear –para "Y"– el acceso a las canalizaciones montadas por "X". Así, "X" realizó una concesión recíproca respecto a su posición primitiva: renunció a su pretensión 2 y otorgó inmediato acceso al sitio a "Y", para que esta realice las actividades constructivas a su cargo. Por su parte, "Y" mantuvo su pretensión 1 (acceso inmediato al sitio), pero realizó una concesión recíproca (ajena a la litis) consistente en abonar USD 200,000.00 a "X".

Pero, como parte de su configuración comercial, las partes excluyeron expresamente del acuerdo transaccional las cuestiones litigiosas compuestas por pretensiones encontradas respecto a los siguientes puntos: (i) la determinación de cuál de los dos consorciados tenía a su cargo la implementación de las canalizaciones para los cables portadores de las tecnologías de "Y"[109] (conforme a la división de trabajos contenida en el consorcio); y (ii) la responsabilidad por el atraso en la culminación del proyecto; esto es, distribución inter consorciados del peso

(109) Ello con base en la división de trabajos acordada en el contrato de consorcio que las vinculaba.

de las indemnidades aplicadas el concesionario a consecuencia de las penalidades moratorias que impuso el Estado.

En el ejemplo expuesto se aprecia que, en uso de su autonomía privada, la transacción perfeccionada entre "X" e "Y" quedó acotada única y exclusivamente a la litis conformada por las pretensiones 1 y 2, relativas al acceso al área donde se instalaron las canalizaciones. En contraste, mediante el acuerdo compositivo los transigentes no superaron, sino que excluyeron consensualmente las litis relativas a los puntos detallados en el párrafo anterior. Por ende, "X" e "Y" llegaron a una transacción con un objeto acotado y exclusiones expresas. Los aspectos abiertos bien podrían ser objeto de un futuro procedimiento de solución de controversias entre los consorciados.

4. Transacciones simple y compleja

La doctrina se cuestiona sobre si la transacción únicamente produce efectos compositivos sobre conflicto de intereses precedente o si, además de ello, puede crear o alterar relaciones jurídicas ajenas a aquel conflicto, pero que coadyuven a su composición. En sede nacional, la segunda alternativa es descartada expresamente por el artículo 337 del Código Procesal Civil para las transacciones judiciales[110]. No obstante, fuera de aquel ámbito subtípico específico, el artículo 1302 del Código Civil dictamina lo contrario, pues acepta que, mediante concesiones recíprocas, las partes pueden (i) superar la *res litigiosa* conformada por las pretensiones contrapuestas y (ii) "también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de la controversia entre las partes".

Del citado enunciado, que constituye un trasplante del artículo 1965 del Código Civil italiano de 1942[111], se desprende la existencia de dos tipos de transacción según la relación jurídica sobre la cual proyecten sus efectos: las transacciones *simples* y las transacciones *complejas*.

En virtud del contrato de transacción *simple*, las partes superan el conflicto de intereses precedente mediante concesiones recíprocas conformadas única y exclusivamente por renuncias (totales o parciales) a las pretensiones primigenias de los litigantes, que afloraron en el despliegue de una relación jurídica predecesora. Las referidas concesiones de las partes se encuadran en el contenido unitario de transacción[112].

(110) Código Procesal Civil. Artículo 337.-
"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 esta.
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".

(111) Código Civil italiano. Artículo 1965.-
"La transacción es el contrato con el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, ponen fin a una litis ya iniciada o previenen una litis que puede surgir entre ellas.
Con las recíprocas concesiones también se pueden crear, modificar o extinguir relaciones distintas de la que ha formado objeto de la pretensión y de la contestación de las partes".

(112) En nuestro país, se adhiere a esta definición: FERRERO COSTA, Raúl. Ob. cit., p. 306.

El siguiente ejemplo ayudará a comprender el concepto presentado. Supóngase que "A" exige a "B" el pago de un resarcimiento por responsabilidad civil contractual ascendente a USD 1'000,000.00 (pretensión 1) mientras que "B" rechaza semejante requerimiento (pretensión 2) por no considerarse responsable del daño alegado. Existirá una renuncia parcial cuantitativa de "A" y "B" a sus pretensiones 1 y 2, respectivamente, si ambas partes llegan a un acuerdo compositivo por el que "B" asume una concesión recíproca consistente en el pago de USD 500,000.00 (lo cual diverge de la pretensión 2, consistente en no asumir ningún tipo de resarcimiento) mientras que "A" se da por satisfecha con dicha suma y renuncia a reclamar daños a "B" (lo cual se desvía de su pretensión 1, encaminada a obtener USD 1'000,000.00).

Como se aprecia, el ejemplo desarrollado, las concesiones recíprocas consensuadas por "A" y "B" se limitan a renuncias parciales o flexibilizaciones de cada una de las partes respecto a sus pretensiones 1 (cobro de USD 1'000,000.00) y 2 (resistencia total al pago), respectivamente.

Pero una operación transaccional podría programar concesiones recíprocas que tocan relaciones jurídicas ajenas a aquella en la que surgió la litis. Semejante contrato creará o incidirá en vínculos jurídicos primitivamente no controvertidos, pero cuya presencia contribuirá a lograr la composición del conflicto. Este tipo de transacción es denominada *compleja*.

CICERO explica que en una transacción *compleja* "las prestaciones que constituyen el contenido de las concesiones sobrepasan la relación controvertida[113]" e involucran "también prestaciones reconducibles a tipos contractuales distintos"[114]. En ese sentido –prosigue el autor–, podría darse el caso de que la composición de la litis sea coetánea a la transferencia de un bien no controvertido, o a la asunción de una obligación, al pago de una suma de dinero, o a una prestación que tenga como objeto una utilidad distinta, la cual incluso podría ser la liberación de alguna de las partes de una deuda[115]. La categoría ahora descrita no deja de ser transacción, aun cuando persigue paralelamente una finalidad distinta a aquella (la función de la relación ajena a la *res litigiosa* original). Ello se debe a que aquel contrato desenvuelve globalmente la función típica de la transacción: composición de la litis mediante recíprocas concesiones de las partes.

Los siguientes tres ejemplos describirán algunas hipótesis identificadas como transacciones *complejas*.

La constructora "A" celebra con el cliente "B" una compraventa de tres unidades inmobiliarias futuras (departamento, estacionamiento y depósito) determinadas sobre la base de planos adjuntos al mencionado convenio. Es el caso que la entrega del depósito no pudo ser efectuada, dado que la ubicación proyectada en planos para dicha unidad no se correspondía con su ubicación física final, al haberse construido en su lugar un cuarto de máquinas. Como consecuencia, "B" le exige a "A" el cumplimiento exacto del contrato (pretensión 1). Por su parte, "A" resiste la pretensión 1 de su cliente (pretensión 2), al sostener que ya no cuenta con mayoría en la junta de copropietarios que le permita desafectar del uso común la unidad donde se construyó el depósito (cuarto de máquinas).

(113) CICERO, Cristiano. Ob. cit., p. 110.

(114) Ibídem, p. 111.

(115) Ídem. En el mismo sentido: LÓPEZ BARBA, Elena María. Ob. cit., pp. 171-172. Para la autora, si el contrato coligado en función transaccional involucra prestaciones relativas a la transferencia de propiedad o derechos de uso sobre inmuebles, le será de aplicación las reglas sobre la evicción, los vicios ocultos, así como constituirá un título hábil para usucapir.

Los litigantes celebraron una transacción por medio de la cual programaron concesiones recíprocas heterogéneas. "B" renunció a su pretensión 1 (requerimiento cumplimiento exacto del contrato) y, como concesión, "A" constituyó un usufructo sobre la terraza del edificio donde habitaba "B" por 5 años, lo cual le permitió a la primera mantener su pretensión 2 (resistencia a la entrega del depósito en la ubicación acordada). Las concesiones recíprocas efectuadas por "A" y "B" supusieron el cierre de la controversia.

Otro ejemplo. La cervecería "A" vende a favor del establecimiento "B" una gran cantidad de cerveza enlatada. Poco tiempo después, "B" halla que el 50 % de la mercadería se encontraba en un estado deficiente que impide su comercialización. En ese sentido, "B" solicita a "A" el reemplazo inmediato de las unidades deficientes (pretensión 1-A) o, alternativamente, la reducción del 50 % del precio pagado más un reconocimiento de daños y perjuicios ocasionados (pretensión 1-B).

Por su parte, "A" se niega a acceder a los requerimientos de su contraparte (pretensiones 2-A y 2-B) aduciendo que el mal estado de la mercadería se debe a que esta no fue conservada bajo condiciones adecuadas por el establecimiento. Tras una breve etapa de negociaciones, ambas partes suscriben una transacción en virtud del cual "B" renuncia a las pretensiones 1-A y 1-B. Por su parte, la cervecería "A", como concesión recíproca, le concede a "B" un descuento ascendente al 70 % del precio de mercado en la compra de un lote de cerveza de otra calidad, aunque mantiene las pretensiones 2-A y 2-B. El acuerdo que canalizó el descuento comercial otorgado por "A" fue celebrado paralelamente a la transacción.

Como tercera ilustración de una transacción *compleja*, supóngase que el contratista "A" y el comitente "B" celebran una composición mediante la cual el primero renuncia al 100 % de sus reclamos presentados previamente al comitente posliquidación de un contrato de obra (pretensión 1). Como concesión recíproca, "B" promete efectuar sus máximos esfuerzos para incluir a "A" como su consorciado (con un *equity* predefinido) y, bajo esta estructura comercial, presentar una oferta conjunta al Estado para obtener la buena pro en el prestigioso proyecto Alfa.

En las transacciones *complejas* colocadas como ejemplo, se aprecian concesiones recíprocas tanto propias como extrañas a la cuestión litigiosa. El primer tipo de concesiones está dado por una renuncia de una parte transigente a su pretensión primitiva. En los tres ejemplos, semejante pretensión primitiva consistía, respectivamente, en el requerimiento de entrega del depósito, en el reemplazo de mercadería defectuosa o reducción del precio (más daños y perjuicios) y en los reclamos posliquidación de obra. Empero, las ilustraciones descritas también contienen concesiones recíprocas ajenas a la litis, lo que las convierte en *complejas*; a saber: la constitución del usufructo en la terraza del edificio (ejemplo 1), el descuento del 70 % en la compraventa de un ulterior lote de cerveza (ejemplo 2) y memorando de entendimiento encaminado hacia la adjudicación conjunta de un proyecto (ejemplo 3).

Es necesario dar un paso más en el entendimiento de las transacciones *complejas*. Como seguramente ya habrá advertido el lector, en los ejemplos referidos en el párrafo anterior, las concesiones recíprocas ajenas a la cuestión litigiosa pueden ser de dos tipos:

(a) Concesiones que forman parte del contenido unitario del propio contrato de transacción. Este es el caso de la prestación consistente en la constitución del usufructo en la terraza del edificio (ejemplo 1). En adelante, denominaremos a esta hipótesis transacción *compleja unitaria*.

(b) Concesiones recíprocas que dan lugar a un negocio jurídico distinto a la transacción, el cual cuenta con todos sus propios elementos estructurales y su propio tipo contractual de encuadramiento. Este el caso de la concesión consistente en el descuento del 70 % en la compraventa coetánea de un lote de cerveza adicional (ejemplo 2) y memorando de entendimiento dirigido hacia la adjudicación conjunta de un proyecto (ejemplo 3). En tales escenarios, la composición de la litis es global, en tanto se obtiene a partir de la celebración y la ejecución concertada de la transacción y del contrato paralelo. Esta hipótesis será denominada transacción *compleja plural.*

Esta constatación ulterior acarrea importantes interrogantes: ¿qué reglas gobernarán las concesiones recíprocas distintas a las renuncias a las pretensiones litigiosas pero que, a su vez, contribuyeron a erradicar la litis? ¿Serán las reglas del tipo *transacción* o las reglas legales de la concesión extraña a la renuncia a la pretensión disputada? ¿Qué ocurriría en caso de conflicto entre ambos estatutos? A decir verdad, uno de los principales retos que representa para el intérprete la existencia de transacciones *complejas* se encuentra dado precisamente por la regulación legal de su contenido.

Lo mencionado resulta especialmente problemático, pues en tales escenarios "la existencia de relaciones autónomamente susceptibles de ser tipificadas como compraventa, contrato de obra, arrendamiento, mandato y así sucesivamente, no comporta automáticamente la individualización de cuál será la regulación aplicable a las diversas relaciones"[116]. Y es que la regulación normativa del tipo *transacción* se dedica únicamente a aspectos estructurales tales como definición, delimitación de aspectos transables, formalidad solemne, efectos, validez y eficacia. Pero no detalla los aspectos comerciales propios del desenvolvimiento de la relación jurídica creada mediante concesiones recíprocas. Estimamos que el legislador no tuvo manera de evitar la acusada orfandad legislativa, en vista de la enorme amplitud de consecuencias jurídico-económicas que las partes de una transacción *compleja* podrían programar en uso de su autonomía privada. Empero, la excusa planteada no quita que exista una necesidad de reglas que gobiernen la relación comercial contenida en las concesiones recíprocas.

Quienes han intentado hallar la solución para el problema jurídico identificado nos brindan respuestas heterogéneas.

Un primer grupo de autores, valiéndose de la metodología aplicable a los contratos con causa mixta, propone acudir al "criterio de la prevalencia causal". Conforme a este parecer, para calificar e integrar un contrato, resultaría necesario determinar cuál de las dos causas –la transaccional o la del fragmento contractual diverso– prepondera[117] [118].

Para un segundo grupo de estudiosos, se debe hallar la disciplina del contenido del contrato relevante con base "en la función del tipo al cual la nueva obligación constituida se remite"[119]. Por consiguiente, la transacción, sin dejar de tener un contenido unitario, se inte-

(116) FRANZONI, Massimo. Ob. cit., p. 1067.

(117) Ídem.

(118) Según CICERO, Cristiano (ob. cit., p. 112), "los elementos relativos a los diferentes tipos contractuales asumen relevancia y valor solo a la luz de la función típica transaccional de superación de la litis, con la consiguiente aplicabilidad de la regulación prevista para aquellos tipos negociales solo en los casos y respecto a los cuales esta sea compatible con aquella función. En cambio, las normas sobre la transacción deben encontrar aplicación directa, puesto que el hecho jurídico hipotético de la transacción compleja es subsumible integralmente en el modelo causal transaccional".

(119) FRANZONI, Massimo. Ob. cit., p. 1067.

graría tanto por las reglas del tipo *transacción* como por reglas de la relación jurídica ajena a esta última (por ejemplo, la disciplina de la compraventa).

Ulteriores opiniones, sin tomar postura sobre la existencia de uno o más negocios jurídicos, han explicado la transacción *compleja* en términos de "relaciones colaterales" a una relación controvertida principal. Semejantes relaciones colaterales concurrirían en la actuación de la función del acuerdo transaccional. En ese sentido, podría darse en el caso que las reglas legales específicas (como la prohibición de la rescisión por lesión) se apliquen tanto a la relación principal como a las relaciones que las partes hubiesen constituido, modificado o extinguido con ocasión de la estipulación de la transacción[120] [121].

Desde otro ángulo, se explica la disciplina de la transacción *compleja* acudiendo la noción de contratos coligados[122]. En efecto, para FRANZONI, el artículo 1965 del *Codice* (norma homóloga del artículo 1302 del Código Civil peruano) consagra la relevancia de la vinculación entre dos negocios jurídicos distintos: (i) la transacción en sentido estricto y (ii) el contrato diverso que permite su ejecución ("segundo contrato"). El conjunto de negocios jurídicos que conforman una transacción *compleja* desplegaría una operación comercial unitaria, a ser valorada globalmente. En suma, el artículo 1965 describiría una transacción que "se articula en las causas propias de los actos individuales celebrados, los cuales están sujetos a su propia regulación típica, a condición de que no contraste con la función global"[123].

Según el autor, calificar a la transacción *compleja* como un escenario de coligación contractual genera importantes consecuencias empíricas. En efecto, el régimen de los vicios y las patologías de la transacción en sentido estricto repercutirá en el "segundo contrato" celebrado, el cual jamás habría existido o habría tenido un objeto distinto si no fuese por la transacción[124]. Así, por ejemplo, la resolución de la transacción ocasionará la resolución del "segundo contrato". De manera contraria, ciertas vicisitudes del "segundo contrato" se reflejarán en la transacción[125]. Empero, en este caso la regla *simul stabunt simul cadent* no sería de aplicación automática, sino que dependerá de que un doble juicio a cargo del juez, quien deberá determinar, en primer lugar, "la subsistencia de la causa de resolución del segundo contrato (incumplimiento, imposibilidad de la prestación, excesiva onerosidad sobrevenida)"; y, en segundo lugar, "la influencia que la resolución del segundo contrato ocasiona en el aspecto funcional de la causa transaccional"[126].

El comportamiento de la ineficacia descrito en el párrafo anterior no sería viable si se califica a la transacción *compleja* como un único contrato (con causa mixta o con objeto complejo). Ello se debe a que, en ese caso, el vicio negocial presente terminaría por afectar al

(120) CARRESI, Franco. Ob. cit., p. 497.

(121) En opinión de MOSCARINI, Lucio y Nicola CORBO (ob. cit., p. 5), esta función transaccional vendría a ser no solo prevaleciente, sino que será realizada en su integridad y ofrece al intérprete el parámetro más seguro para determinar las normas aplicables correspondientes a la regulación especial de la transacción. Así, por ejemplo, la inmunidad de la rescisión por lesión será aplicable de manera prevalente a las normas propias de los esquemas típicos concurrentes.

(122) En ese sentido, ya entendían que a una transacción se puede acompañar, entre las mismas partes, distintas convenciones: PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, Traducción de Mario Díaz Cruz y Eduardo le Riverend Brusone, t. XI, Segunda Parte, La Habana, Cultural, 1940, p. 926.

(123) Ibídem, p. 1072.

(124) Ibídem, p. 1069.

(125) Ibídem, pp. 1069-1071.

(126) Ibídem, p. 1071.

contrato unitario en su totalidad[127] y no podría permanecer aislado sin afectar la otra parte del contenido de la transacción[128].

La tesis de los contratos coligados en las operaciones compositivas de controversias cuenta con la adhesión de DEL PRATO. Para este autor, en una operación global, la transacción puede coexistir con otros contratos sin presentar problemas de combinación (es decir, problemas de concurrencia y conflicto de regulaciones especiales[129]). En ese sentido, cuando la organización privada de intereses determina que la litis, en vez de derivar en una transacción, solamente incide en la cuantificación de la contraprestación para la adquisición del derecho global, debe aplicarse exclusivamente la regulación del contrato que configura la nueva situación[130].

A nuestro parecer, la solución para la regulación del contenido de la transacción *compleja* no resulta única, sino que dependerá de la subespecie concreta de transacción *compleja* que las partes hayan celebrado.

La transacción *compleja unitaria* no puede calificarse como un contrato mixto, pues los artículos 1302 y siguientes del Código Civil le otorgan a la transacción elasticidad típica tan amplia, que imposibilita en todo caso su atipicidad. En efecto, el sistema legal confiere a las concesiones recíprocas una versatilidad casi tan extensa como la noción misma de contrato, toda vez que aquellas pueden consistir en "crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes". Dicho de otra manera, el contenido del tipo *transacción* admite prestaciones que, por más heterogéneas que resulten, no exorbitarán su elasticidad típica y, consecuentemente, no obstaculizarán la calificación de un contrato como transacción.

Ahora bien, podría ocurrir que en un contrato unitario el contenido de alguna de las concesiones recíprocas pueda encajar en un tipo contractual distinto a la transacción –como, por ejemplo, la prestación de servicios–. En tales hipótesis, sin negar la calificación de transacción para el acuerdo que engloba a las concesiones recíprocas, estaremos también frente a una prestación de servicios.

La doctrina más autorizada denomina a tales hipótesis como contratos de doble tipo o doblemente típico. En virtud de esta categoría, ajena a las hipótesis de atipicidad[131], "el total del contenido de un solo contrato encaja en dos tipos distintos, de modo que se manifiesta como contrato tanto de una especie como de la otra"[132]. Luego, en el ejemplo propuesto en el párrafo anterior, el contrato unitario deberá calificarse a la vez como transacción y prestación de servicios. Por ende, la concesión recíproca consistente en la actividad de una parte transigente deberá regularse por la disciplina correspondiente a la transacción (como tipo prevalente) y, supletoriamente, por la regulación de la prestación de servicios (como tipo subsidiario).

(127) Ibídem, pp. 1071-1072.

(128) En nuestro país, dicha conclusión se encuentra respaldada por el artículo 1310 del Código Civil, según el cual "la transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto, salvo pacto en contrario (...)".

(129) DEL PRATO, Enrico, voz "Transazione", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XLIV, Milán, 1992, p. 824.

(130) Ibídem, p. 827.

(131) CATAUDELLA, Antonino, *I contratti. Parte generale*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 175-176. Comparte la referida opinión: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil*, Traducción del alemán de Blas Pérez Gonzalez y José Alguer, t. II., Barcelona, Bosch, 1950, p. 10.

(132) Ello se presentaría, por ejemplo, en el contrato por el cual se promete la habitación a cambio de los servicios de portería o la cesión del uso temporal de un cuarto a cambio de la enseñanza del piano (en ambos casos, concurren los tipos correspondientes al arrendamiento y al contrato de servicios). ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. Ob. cit., p. 10.

El intérprete podría cuestionarse sobre qué criterios emplear en caso de ulteriores aspectos huérfanos de integración o –retomando el ejemplo expuesto– en caso de eventuales conflictos entre los regímenes supletorios de la transacción y de la prestación de servicios. Al respecto, la mejor doctrina contemporánea conoce metodologías que permiten integrar el contenido apelando a fuentes heterónomas. Si bien los propósitos del presente trabajo no nos permiten ahondar en este punto, cabe resaltar el notable "criterio de la congruencia", propuesto por D'ANGELO, como metodología integrativa basada en la función económica individual del acto de autonomía privada. Según el autor, la solución de los conflictos de interés no solucionados en las cláusulas o en la regulación típica deberá ser hallada en aquellas reglas extraídas de otros tipos contractuales siempre que sean congruentes con la operación económica, la cual constituye un espejo de la causa concreta o función económica individual[133].

En atención a las reflexiones expuestas, el contenido de la transacción *compleja unitaria* se integrará del siguiente modo:

(i) Los diversos aspectos del contenido de la transacción se regirán por la disciplina legislativa propia de dicho tipo contractual.

(ii) El contenido de la concesión recíproca ajena a la renuncia de las pretensiones en disputa, se integrará acudiendo subsidiariamente (es decir, en lo no previsto por las reglas de la transacción) a la disciplina típica normativa reservada para las prestaciones que encajen en dicho fragmento.

Lo mencionado ocurrirá sin que en ningún caso el acuerdo compositivo deje de ser encuadrado dentro del tipo negocial *transacción*, pudiendo eventualmente calificar como un contrato de doble tipo. Estas reflexiones resultan cruciales, pues permiten explicar por qué la transacción *compleja unitaria* conserva –para la totalidad de sus concesiones recíprocas– sus efectos peculiares, tales como el "valor de cosa juzgada". Dicha coyuntura sería muy difícil de sustentar bajo la teoría de los contratos mixtos.

En contraste, la regulación del contenido de la transacción *compleja plural* queda explicada de forma satisfactoria a través de la teoría de la coligación contractual[134]. Esta categoría supone dos fases lógicamente diferenciables: el reconocimiento de la existencia de dos o más contratos distintos y la configuración de un nexo funcional jurídicamente relevante que los une[135]. Aplicada al ámbito que nos compete, la segunda fase supone múltiples contratos cuyo perfeccionamiento y despliegue concertado es instrumental hacia la composición de una sola litis (o, mejor, supone una operación económica transaccional articulada a partir de múltiples negocios). En estos casos, la composición del conflicto desenvuelve mediante concesiones recíprocas globales, que se encuadran tanto en la transacción unitaria como en el contrato paralelo a esta[136] [137].

(133) D'ANGELO, Andrea, *Contratto e operazione economica*, Turín, Giappichelli, 1992, pp. 70 y ss., p. 85, p. 189. En opinión del autor, el mencionado criterio podría incluso determinar la creación de reglas sui géneris por parte del juez, a condición de que sean compatibles con la operación económica.

(134) VÁSQUEZ REBAZA, Walter. *Contratos coligados e ineficacia negocial. Hacia una construcción teórica de la coligación contractual concreta y de sus perfiles patológicos*, Tesis para optar por el grado de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 114 y ss.

(135) En otro lugar (Ídem), hemos desarrollado de manera exhaustiva los criterios a tener en cuenta para determinar la pluralidad negocial, razón por la cual prescindimos de trasladar a esta sede el mencionado análisis.

(136) En líneas generales, la operación económica será entendida como aquella funcionalidad compleja (o resultado de conjunto) que, como regla, ninguno de los contratos concurrentes es apto para realizar si se ejecuta de manera aislada.

(137) Tal como hemos mencionado (VÁSQUEZ REBAZA, Walter. Ob. cit., p. 237), la operación económica global puede manifestarse de dos maneras. En primer lugar, puede constituirse como una finalidad global o *macrofinalidad*,

Dicho de otra forma, en las transacciones *complejas plurales*, el conflicto de intereses es superado mediante recíprocas concesiones heterogéneas, las cuales se encuadran en los dos siguientes negocios jurídicos:

(i) En el contenido unitario de un contrato de transacción[138].

(ii) En el contenido unitario de un contrato paralelo o ajeno al primer convenio compositivo y que no califica dentro del tipo legal *transacción*, sino que cuenta con su propio tipo negocial de encuadramiento.

Ambos negocios jurídicos son autónomos, en el sentido de que cada uno cuenta con sus elementos estructurales propios y califica en tipos contractuales diversos. Empero, tales negocios jurídicos se encuentran funcionalmente vinculados entre sí, bajo la común intención de las partes, por el fin de alcanzar la composición de la litis mediante las concesiones recíprocas contenidas en ambos. Estaremos, pues, frente a contratos coligados.

Cierta posición objeta la posible presencia de coligación contractual en los escenarios descritos. Para tal efecto, se aduce que en las hipótesis que hemos denominado transacciones *complejas plurales* debe hablarse de unidad negocial en la medida en que la finalidad del contrato es única y única es también la voluntad de las partes al vincularse. Conforme a este parecer, "la causa de la transacción viene a unificar el elemento de los otros negocios"[139].

No comulgamos con el aludido parecer, pues estimamos que pierde de vista lo siguiente:

(i) La causa concreta –como síntesis funcional– es un elemento que no brinda criterios operativos determinantes para distinguir entre contrato unitario y multiplicidad de contratos. Con todo, distinguir entre uno o varios contratos es una obligación del juez que forma parte de la calificación de los negocios jurídicos sometidos a su competencia. Para tal propósito, se deberá emplear una serie de metodologías operativas[140].

(ii) La teoría de la coligación es perfectamente apta para conjugar la pluralidad de negocios jurídicos con su unidad funcional bajo la común intención de las partes, al otorgar relevancia jurídica a la instrumentalidad de los negocios hacia una operación económica global.

(iii) La unidad negocial ocasionaría graves problemas operativos asociados a la disminución de protección de intereses jurídicamente relevantes de las partes[141] (especialmente en las partes del contrato coligado a la transacción).

---

es decir, como una unidad teleológica que solo puede ser alcanzada por las partes a través de la concertación de varios contratos. En segundo lugar, la operación puede dar lugar a un equilibrio global o *macroequilibrio*, noción que ha de ser entendida como aquella distribución global de riesgos y beneficios que se canaliza a través de la actuación coordinada de varios contratos. En las hipótesis de coligación, la operación económica global no permanece relegada en el plano psicológico de alguna de las partes, sino que integra la causa concreta de por lo menos uno de los acuerdos contractuales celebrados. En ese sentido, la función económica individual de uno o más contratos ve su operatividad incrementada a través de la asunción de un interés jurídicamente relevante hacia la coordinación con los otros contratos de cara al desenvolvimiento de la mencionada operación global.

(138) Para tales efectos, resulta indiferente que las concesiones recíprocas consistan únicamente en renuncias de las partes a sus pretensiones originales (que conformaron la litis) o, aun siendo concesiones de diversa índole, se encuadran en el contenido unitario de la transacción.

(139) TAMAYO HAYA, Silvia. Ob. cit., p. 157.

(140) VÁSQUEZ REBAZA, Walter. Ob. cit., pp. 182 y ss.

(141) Ibídem, pp. 196 y ss.

En síntesis, en el supuesto al que la doctrina ha denominado transacción *compleja*, y que en Perú es regulado por el artículo 1302 del Código Civil, nos encontraremos frente a contratos de transacción unitarios (eventualmente, contratos de doble tipo) o a contratos coligados, dependiendo de las circunstancias. Partiendo de dicha premisa, juzgamos qué respuesta al problema de la regulación del contenido de la transacción *compleja* se halla en las técnicas de integración del contenido del contrato reconocidas por la doctrina para cada una de tales hipótesis.

5. Efectos jurídicos de la transacción

Para culminar la definición de la transacción, pasaremos a ocuparnos de las consecuencias jurídicas que brotan de aquella. Este punto se encuentra justificado por sus múltiples repercusiones prácticas, las cuales incluso han sido objeto de discusión en el Primer Pleno Jurisdiccional Civil.

5.1. Efectos constitutivos o dispositivos de la transacción

Abordar este apartado presupone definir –aunque sea de manera elemental– las clases de consecuencias que pueden brotar de los hechos jurídicos. Se trata de los efectos declarativos y aquellos constitutivos (también llamados dispositivos). Un hecho jurídico será constitutivo cuando provoque un cambio en la realidad preexistente, ya sea creando una nueva situación jurídica, ya sea modificando o extinguiendo el estado jurídico de cosas preexistente. Por el contrario, un evento gatillará efectos declarativos cuando se limita a dar cuenta, constatar o determinar una mutación jurídica acaecida con anterioridad a aquel, esto es, una mutación ya existente antes de su constitución. El efecto declarativo tiene como finalidad habitual mitigar la incerteza de algún interesado respecto la verificación de alguna relación antecedente o facilitar la prueba del hecho jurídico.

Las tendencias menos recientes a nivel comparado solían predicar el carácter declarativo de la transacción[142]. Esta corriente encontró auge durante la vigencia del Código Civil italiano de 1865 (hoy derogado), llegando a ser acogida por ordenamientos contemporáneos como el Código Civil brasileño de 2002, cuyo artículo 823 dictamina que "la transacción se interpreta restrictivamente, y por ella no se transmiten, sino que se declaran o reconocen derechos".

La tesis declarativa fue defendida por autores como CARRESI[143], para quien, mediante la transacción, las partes componen la litis del mismo modo en que la compone el juez (y el árbitro)[144]. El fundamento de tal asimilación sería la idea según la cual la sentencia del juez es esencialmente un acto de determinación, esto es, de declaración (*juris dictio*) de la situación jurídica preexistente, en la cual el comando que el juez dictamina para las partes presupone el "juicio" (es decir, la actividad lógico-recognitiva de lo que ya existe en los hechos y conforme a derecho)[145]. Con base en tales premisas, el autor postula que la transacción es

(142) En efecto, cierta doctrina afirmó que el problema hallaba su antecedente histórico en la alta Edad Media, época en la cual –en contraste con la tradición romanística y canónica– para sustraer al contrato de transacción de las intolerables presiones fiscales, se comenzó a afirmar que este *non transfert dominus*, sino que configuraba *alienatio necessaria*, como en la división convencional. Semejante tesis habría retomado fuerza en virtud del artículo 1772 del Código Civil italiano de 1865, que atribuía a la transacción la misma autoridad que la sentencia pasada a calidad de cosa juzgada.

(143) CARRESI, Franco. Ob. cit., pp. 481 y ss. Ello con excepción de la transacción *novativa*, a la cual el autor le asigna efectos constitutivos, según la lógica del Código Civil italiano de 1942.

(144) Ibídem, p. 484.

(145) MOSCARINI, Lucio y Nicola CORBO. Ob. cit., p. 1.

un contrato de segundo grado (accesorio o auxiliar) del cual surgen comandos complementarios en función de aclaración[146]. Así, con dicho negocio no se "dispondría" de algo, sino se "aclararía" o, a lo más, se dispondría "de "pretensiones" que es una entidad muy distinta a los derechos"[147] [148].

Para otra opinión afín a la tendencia que pregona los efectos declarativos, la transacción "se limitaría a eliminar la controversia del pasado y a aclarar, con efecto retroactivo y de manera definitiva, la exacta consistencia de la situación jurídica existente entre los litigantes". Conforme a este punto de vista, tras la celebración del contrato objeto de estudio, la relación jurídica sobre la cual aquel ha operado continuará encontrando su fuente en el título originario (negocial o no negocial)[149]. En consecuencia, el contrato de transacción no sería rescindible por lesión, ineficaz por fraude, o resoluble por excesiva onerosidad o incumplimiento, sino que las mencionadas patologías tocarían al contrato de primer grado o contrato base (esto es, aquel en cuyo despliegue se gestó la litis). Solo a causa de la pérdida de eficacia de este último, el contrato declarativo de transacción vería comprometida su vigencia.

Conforme a una tesis que podría denominarse *mixta*, la transacción produciría eficacia puramente declarativa única y exclusivamente respecto a la relación litigiosa o controvertida. Mientras tanto, si la transacción comprende –además de aquella relación– situaciones no controvertidas, el negocio objeto de estudio desplegaría también eficacia constitutiva[150]. De esta manera, el planteamiento presentado asevera que:

> Respecto a los acuerdos que involucren a las relaciones no controvertidas, también encontrarían aplicación las reglas propias de los negocios "constitutivos" o traslativos, como aquellas relativas a las garantías por evicción, la susceptibilidad de inscripción registral, la sujeción a las acciones revocatorias y a las acciones de retracto, a la incidencia del negocio sobre eventuales vínculos de indisponibilidad[151].

Por su parte, la tesis mayoritaria aboga por los efectos puramente constitutivos de la transacción (independientemente de si es una transacción *simple* o *compleja*). Según este entendimiento (defendido, entre otros, por SANTORO PASSARELLI[152]), la transacción sustituye la relación preexistente por una nueva situación que, a diferencia de la primera, se caracteriza por ser cierta. Tal sustitución podría ser *parcial*, lo que se verificaría cuando la transacción involucre solo a algunos elementos de la situación controvertida y no haga decaer la fuente de la que dicha situación derivó (la cual *permanecería* con vida y coexistiría con el acuerdo compositivo). En cambio, la subrogación *total* presupondría que la totalidad de la situación jurídica preexistente es litigiosa. En tal escenario, el negocio transaccional eliminará completamente

(146) CARRESI, Franco. Ob. cit., p. 485.
(147) Ibídem, p. 486.
(148) A partir del discurso del autor, se deriva que la transacción se sustrae del binomio contratos gratuitos-onerosos y de binomio contratos con prestaciones a cargo de una sola parte-contratos con prestaciones recíprocas.
(149) RIVA, Ilaria. Ob. cit., p. 8. En Perú, se ha adherido a esta posición: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit., p. 843 y p. 848. Sin embargo, sostiene (ob. cit., p. 862) que solo será aplicable esta combinación de efectos a las transacciones entendidas como actos complejos.
(150) PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT. Ob. cit., pp. 950-952.
(151) MOSCARINI, Lucio y Nicola CORBO. Ob. cit., p. 4. En Perú, parece compartir esta tendencia: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit., pp. 843 y 848.
(152) Ha distinguido diversas tendencias adscritas a esta corriente, RIVA, Ilaria. Ob. cit., pp. 12 y ss. En nuestro país, adopta esta posición: FERRERO COSTA, Raúl. Ob. cit., p. 304.

la propia fuente de la cual emana la litis. Como consecuencia, la transacción se convertiría en la fuente de la nueva situación normativa[153].

La tendencia que sostiene la naturaleza constitutiva de la transacción entiende que las partes transigentes tienen la común intención de prescindir de la aclaración de las diversas aristas de la situación originaria y, en cambio, buscan superar la litis introduciendo una nueva situación jurídica[154].

Es inobjetable sostener que cuando las partes celebran una transacción no buscan la aclaración de la verdad (real o presunta) de sus posturas o argumentos legales. Y es que el Estado reserva la facultad de declarar una situación de hecho como "jurídicamente verdadera"[155] (potestad de juicio) a la sentencia, al laudo o, de forma más general, a los poderes públicos. Semejante potestad se encuentra fuera del campo de actuación de la autonomía privada.

Como contrapartida, los transigentes –como en todo contrato– crean una nueva regla negocial[156] (esto es, un nuevo programa de asignación voluntaria de riesgos destinada a ser jurídicamente coercible) desinteresándose por la aclaración de la situación jurídica real. Esta nueva regla negocial supone concesiones recíprocas destinadas a erradicar inmediatamente la situación litigiosa preexistente, convirtiéndola en *no litigiosa*, es decir, compuesta por derechos ciertos y estables[157]. Las concesiones recíprocas y la superación de la litis (elementos tipificadores *sine qua non*) suponen inevitablemente la presencia de efectos constitutivos en la transacción.

A mayor abundamiento, la presencia de efectos constitutivos resulta bastante obvia en las transacciones *complejas*, al punto de que el artículo 1302 acepta pacíficamente que dicho contrato puede ocasionar la creación, la modificación, la regulación o la extinción de relaciones jurídicas. Estimamos que este aspecto no requiere mayor explicación y se aprecia claramente de todos los ejemplos correspondientes a aquella clase de acuerdo compositivo planteados en este comentario.

Ahora bien, la presencia de efectos constitutivos en las transacciones *simples* podría dar lugar a cierto nivel de dudas, en tanto (i) las pretensiones cruzadas que conformaron la litis no necesariamente se fundaron en situaciones jurídicas subjetivas reales, sino solo en meras alegaciones individuales; y (ii) la celebración del acuerdo compositivo podría conservar la relación obligacional antecedente sin dar lugar a su extinción (la cual indudablemente sí sería un efecto constitutivo).

A pesar de lo mencionado, no cabe dudar del carácter constitutivo ni siquiera en las transacciones *simples*. En estas hipótesis, el acuerdo compositivo genera un indudable cambio jurídico en la relación precedente cuyo despliegue ocasionó el surgimiento de la litis. Este cambio reside en la propia erradicación y superación, con vocación de permanencia (o carácter de "cosa juzgada"), de la litis e incluso confiriéndose al documento privado transaccional el carácter de título de ejecución[158]. De esta forma, la celebración del acuerdo compositivo *simple* altera claramente las posiciones de las partes, en un doble sentido: (i) evita la futura

(153) SANTORO PASSARRELI, Francesco, citado por CARRESI, Franco. Ob. cit., p. 484.
(154) RIVA, Ilaria. Ob. cit., p. 12.
(155) MICCIO, Renato. Ob. cit., p. 454.
(156) FRANZONI, Massimo. Ob. cit., p. 1084.
(157) DEL PRATO, Enrico. Ob. cit., p. 828. Según el autor, un efecto eventual, ulterior y más intenso sería el efecto sustitutivo o novativo.
(158) Código Procesal Civil peruano. Artículo 688.- Títulos ejecutivos

proposición exitosa de pretensiones asociadas al conflicto de intereses; y (ii) faculta a parte fiel que evidencia la demora o el incumplimiento de su contraparte para dirigirse al juez civil y solicitar, vía proceso de ejecución, que se ejecute el título que constituye la transacción[159].

No cabría dudar del carácter constitutivo de la transacción ni aun considerando (erróneamente, desde nuestro parecer) que aquella fuese, en vez de un contrato, un modo de extinción de las obligaciones. La razón de ello es que el efecto extintivo de vínculos precedentes es indudablemente un cambio jurídico, esto es, un efecto constitutivo (entendido en sentido amplio). Dicho de otra manera, el alegado carácter fulminante de obligaciones de la transacción constituiría, en sí mismo, la negación de su naturaleza declarativa. La convivencia de ambas características (eficacia declarativa y efecto extintivo) daría lugar a una paradoja irremediable[160].

De los efectos constitutivos de la transacción derivan importantes consecuencias prácticas. La primera reside en la configuración del negocio transaccional (o de los contratos coligados de compongan la transacción *compleja plural*) como título autónomo de generación de derechos y deberes. Dichas situaciones jurídicas bien podrían llegar a ser inscritas en Registros Públicos[161] siendo la transacción el título suficiente[162] para tales fines.

Otra consecuencia importante de la eficacia constitutiva se encuentra dada por el inicio del cómputo de plazos para el ejercicio de derechos. El evento gatillador del inicio del cómputo no dependerá de la relación jurídica antecedente, sino del propio contrato de transacción. Así, por ejemplo, imagínese que una la transacción programó una concesión recíproca consistente en la transferencia de propiedad o posesión de un inmueble que previamente había sido objeto de una permuta litigiosa. En tal caso, las garantías de saneamiento comenzarán a correr desde la fecha de celebración de la transacción (en tanto contrato relativo a la transferencia de propiedad o posesión[163]) y no de la permuta (acto que generó la relación jurídica conflictiva).

5.2. Acerca del alegado carácter de cosa juzgada de la transacción

Finalmente, nos referiremos a la pretendida asimilación de los efectos de la transacción a los de la sentencia judicial[164], la cual forma parte del artículo del Código Civil dedicado a la definición legislativa de la institución. Tal es el nivel de equiparación entre ambas instituciones en el sistema nacional que en el Primer Pleno Casatorio Civil se discutió si la tran-

"Solo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:
(...)
8. El documento privado que contenga transacción extrajudicial; (...)".

(159) GABRIEL RIVERA, José Luis. Ob. cit., p. 105. El auto destaca, sin embargo, ciertas formalidades para la obtención del referido efecto.

(160) Sin embargo, la Corte Suprema en el Primer Pleno Casatorio Civil considera la viabilidad de su convivencia en la consideración numeral 11, apartado V "Consideraciones". Por nuestra parte, atendiendo a las razones expuestas líneas arriba, no creemos que la transacción sea siempre un modo de extinción de las obligaciones.

(161) Código Civil peruano. Artículo 2019.-
"Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:
1.- Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles (...)".

(162) En contraste, los secuaces de la teoría declarativa hallarían (erróneamente a nuestro parecer) el título inscribible en el acto del cual deriva la situación litigiosa precedente, la cual queda superada con el acuerdo compositivo.

(163) Código Civil peruano. Artículo 1484.-
"Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien".

(164) CICERO, Cristiano. Ob. cit., p. 2.

sacción podía hacerse valer para interponer una excepción de cosa juzgada[165] [166] [167]. Desde una consideración ultraliteral, tal alegación podría hallar respaldo en el artículo 1302, el cual dispone que "la transacción tiene valor de cosa juzgada". Del mismo modo, el artículo 337 del Código Procesal Civil regula "la autoridad de la cosa juzgada" de la transacción judicial.

Históricamente, el carácter de cosa juzgada de la institución que nos convoca puede ser reconducido al texto del artículo 2052 del Código Civil francés, según el cual "las transacciones tienen para las partes la autoridad de la cosa juzgada en última instancia". Tras ello, el referido cuerpo normativo añade que: "no podrán impugnarse por causa de error de derecho ni por causa de lesión".

Pero ni siquiera el propio Código Civil francés (de cuya precisión y claridad en este punto más de uno ha dudado[168]) buscó operar un parangón técnico-formal entre transacción y cosa juzgada con el fin de dotarla de una estabilidad absoluta consistente en blindarla contra todos los remedios legales (incluyendo aquellos ajenos a los específicamente excluidos por el legislador)[169]. En efecto, el artículo 2053 del *Code*, dispone –a renglón seguido del reconocimiento de su carácter de "cosa juzgada"– que la transacción podrá rescindirse cuando exista error en la persona, error en el objeto de la disputa, dolo o violencia[170]. Dicho de otra manera, ni el propio *Code*, que positivizó el carácter de "cosa juzgada" de la transacción, la entendió como una intangibilidad perpetua para el acto. Debido a esto, afirmar la identidad de ambas instituciones carece de todo respaldo histórico en las codificaciones comparadas.

Como confirmación del error que implicaría equiparar, desde un punto de vista técnico-formal, los efectos de la transacción a los de la sentencia, se ha aseverado lo siguiente:

(165) Sentencia del Primer Pleno Casatorio Civil, numeral 21, apartado V "Consideraciones". La postura antagónica a la enunciada, que resultó minoritaria en el aludido concilio, estimaba que si el demandado oponía la transacción extrajudicial debía hacerlo en la contestación de la demanda y, como defensa de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto del acuerdo compositivo. De esta manera, el juez habría de pronunciarse en la sentencia sobre la mencionada defensa material. Al respecto, véase: TICONA POSTIGO, Víctor. Ob. cit., p. 21.

(166) Aunque finalmente se adoptó un criterio negativo, dicho pronunciamiento consideró que la transacción extrajudicial no homologada judicialmente sí podía ser opuesta como excepción procesal.
Sentencia del Primer Pleno Casatorio Civil, primer acápite del precedente vinculante, apartado IX "Fallo". Dicha conclusión tomó como sustento legal la regulación del inciso 10 del artículo 446 y del inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil.

(167) Dicho razonamiento halló su fundamento en la consideración de que la transacción extrajudicial constituía un medio o modo extintivo de obligaciones. En opinión de Rómulo MORALES HERVIAS (Ob. cit., p. 43), la excepción de transacción cuenta con naturaleza sustancial y no procesal.

(168) Tal como reseña GABRIEL RIVERA, José Luis. Ob. cit., p. 95, los artículos de la transacción en el Código Civil francés se encuentran entre los más obscuros y menos felices de dicho cuerpo normativo.

(169) PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT. Ob. cit., p. 947.

(170) El Código Civil español de 1889 recogió en el artículo 1816 la formulación surgida en el modelo francés al señalar que "la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio, sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial".
Por su parte, el concepto subyacente al artículo 2052 del *Code* fue importado casi textualmente por el Código Civil italiano de 1865, en su artículo 1772, según el cual "las transacciones tienen entre las partes la autoridad de una sentencia irrevocable". Añadiéndose que aquellas "no pueden impugnarse a causa de error de derecho ni a causa de lesión, pero debe ser corregido el error de cálculo".
En opinión de Alberto TRABUCCHI (Ob. cit., p. 369), el error de derecho se excluye porque en el estado de incertidumbre subjetiva (para el autor, presupuesto de la transacción), los interesados han deseado evitar cualquier juicio. Por su parte, la lesión quedaría al margen en vista de que la transacción busca sustituir la situación anterior –de dudoso valor– por una nueva. Esta opinión no puede ser compartida en vista de que le otorga relevancia jurídica al elemento de la *res dubia*, que, como hemos demostrado, no es constante.
Cabe señalar que es un lugar común para la doctrina especializada (CICERO, Cristiano. Ob. cit., p. 7) considerar que el tratamiento normativo del Código Civil italiano de 1865 fue el resultado de "una codificación apresurada sobre el punto, en razón de graves preocupaciones políticas que solicitaban y aconsejaban su rápida extensión".

> (...) –como bien señala Jeammeaud– no deja de causar asombro que un contrato privado produzca efectos análogos a los de una sentencia, pero que ello nos lleve a sostener que la transacción posea el carácter solemne de las sentencias es insostenible. Y es que ni siquiera a los franceses –quienes han recogido en su artículo 2052 del *Code* la frase literal que sostiene que la transacción (no homologada) tiene la autoridad de cosa juzgada– se les ha ocurrido la barbaridad de afirmar que la transacción valga como cosa juzgada. En dicho sentido, como nos recuerda Chauvel: "esta fórmula no debe crear una ilusión. Así, pues, al poner fin a un litigio tanto la transacción como la sentencia tienen –sin lugar a dudas– efectos comunes, pero ambas continúan siendo bastante distintas"[171].

Por otro lado, la doctrina que ha comentado el artículo 1772 del Código Civil italiano de 1865 (dispositivo homólogo del artículo 2052 del *Code*)[172] [173] ha entendido que la equiparación entre transacción y cosa juzgada no puede interpretarse como una identificación. Ello se debe a que "la sentencia firme produce algunos efectos que no produce la transacción; la equiparación responde a las semejanzas existentes entre una y otra, ya que ambas ponen fin siempre a una controversia que no podrá ya resurgir"[174].

Prosigue esta opinión señalando que, "a semejanza de la sentencia, la transacción obliga a las partes contrayentes y otorga una excepción contra aquella parte que intente controvertir de nuevo el punto resuelto ya"[175]. Según este parecer, la asimilación entre sentencia pasada en calidad de cosa juzgada y transacción radicaría únicamente en que ambos actos ponen fin a una controversia y confieren una excepción contra las pretensiones de reapertura del litigio.

Posteriormente, el Código Civil italiano de 1942 (que reemplazó al Código de 1865) suprimió toda referencia al carácter irrevocable (*res iudicata*) de la transacción. En efecto, las disposiciones de este cuerpo normativo se limitan a establecer que la transacción no puede ser impugnada por error de derecho relativo a cuestiones que han sido objeto de controversia entre las partes ni por lesión[176], pero sí por pretensión temeraria (dolo)[177] [178].

---

(171) GABRIEL RIVERA, José Luis. Ob. cit., p. 98.

(172) Código Civil italiano de 1865. Artículo 1772.-
"Las transacciones tienen entre las partes la autoridad de una sentencia irrevocable.
No pueden impugnarse por causa de error de derecho ni por causa de lesión: pero debe ser corregido el error de cálculo".
Código Civil italiano de 1865. Artículo 1773.-
"Sin embargo, es admitida la acción de nulidad contra una transacción en los casos de dolo, violencia o error en la persona o el objeto de la controversia".
Código Civil italiano de 1865. Artículo 1774.-
"Se puede igualmente impugnar una transacción que haya sido hecha en ejecución de un título nulo, salvo que las partes hayan expresamente abordado la nulidad".

(173) Al respecto, véase: MIRABELLI, Giuseppe. Ob. cit., p. 491. El autor confirma que el Código Civil italiano de 1865 ha seguido sustancialmente al *Code* francés en la regulación de la transacción., salvo levísimos ajustes de sustancia.

(174) DE RUGGIERO, Roberto. Ob. cit., p. 522.

(175) Ídem.

(176) Código Civil italiano. Artículo 1969.-
"La transacción no puede ser anulada por error de derecho relacionado a cuestiones que han sido objeto de controversia entre las partes".
Código Civil italiano. Artículo 1970.-
"La transacción no puede ser impugnada por causa de lesión".

(177) Código Civil italiano. Artículo 1971.-
"Si una de las partes era consciente de la temeridad de su pretensión, la otra puede solicitar la anulación de la transacción".

(178) Es preciso dejar sentado que, al igual que el Código Civil italiano vigente, los códigos civiles alemán, portugués, brasileño y argentino vigentes prescinden del supuesto reconocimiento del carácter de cosa juzgada (o formulaciones similares) para la transacción.

Más allá de los antecedentes históricos que de por sí resultan esclarecedores, es menester explicitar las diferencias estructurales existentes entre sentencia pasada a calidad de cosa juzgada y transacción.

En primer lugar, PELÁEZ explica de forma clara una de las divergencias entre transacción y sentencia en cuanto al modo de resolver las controversias desde el punto de vista procesal. Para tal efecto, considera el autor que la sentencia desenvuelve la función jurisdiccional, la cual es un monopolio del Estado. De allí que este último:

> Al dictar una sentencia a través de sus órganos, lo hacen (sic.), investidos del máximo poder (*imperium*), al actuar en nombre suyo. Estos actos por eso producen la cosa juzgada (el Estado mismo se pronuncia sobre un particular siguiente un proceso correcto, con todo tipo –en principio– de garantías, siendo sus actos por ello inimpugnables; es la máxima instancia a la que se puede acudir). En la transacción el que poner fin a la situación al conflicto no el Estado, son las partes que realizan prestaciones recíprocas mediante un contrato o acuerdo privado.

La diferencia es clara: en un caso es el Estado el que actúa a través de sus órganos y en otro, son las partes. Sus efectos pueden ser parecidos, pero no podemos decir que lo que hagan los particulares, sin intervención del juez, tenga la misma fuerza que lo hecho por el juez, ajustándose a un procedimiento concreto en nombre del Estado; la autoridad en uno y otro caso difieren[179].

Pero la explicitada no es la única divergencia entre la forma de resolver la litis del contrato transaccional y la sentencia que adquiere la autoridad de cosa juzgada[180]. Mientras la sentencia asigna culpas, fija responsabilidades y atribuye calificaciones de puro derecho con carácter inmutable (como parte de su potestad de *juris dictio*), la transacción compone una litis siempre y cuando existan recíprocos sacrificios, sin la necesidad de operar un juicio sobre la controversia[181]. En ese sentido, si bien las partes cuentan con el poder de disponer de los derechos contenidos en la relación a modificar, sería erróneo aseverar que también cuentan con la facultad de determinar los términos de puro derecho de la situación controvertida. No siempre el contrato es un instrumento idóneo para emitir juicios sobre la verdad de situaciones y relaciones precedentes. Esta facultad normalmente se reserva a los poderes públicos[182].

Parafraseando lo expuesto, mientras la transacción (como todo negocio jurídico) despliega un poder dispositivo de intereses a través de la creación de reglas *inter partes*, la sentencia desenvuelve la potestad pública de juzgar en torno a la situación litigiosa y establecer una situación jurídicamente verdadera[183].

Por otra parte, la sentencia pasada a autoridad de cosa juzgada proviene del juez, que es un tercero ajeno al conflicto a dirimirse y que no se encuentra interesado en la situación controvertida. En contraste, mediante la celebración de una transacción, son las propias

(179) PELÁEZ, Francisco. *La transacción. Su eficacia procesal*, Bosch, Barcelona, p. 143.
(180) TICONA POSTIGO, Víctor. Ob. cit., p. 26, piensa que el carácter de cosa juzgada es aplicable a la transacción judicial, pues cumple con el requisito de la inmutabilidad.
(181) CICERO, Cristiano. Ob. cit., p. 11.
(182) MICCIO, Renato. Ob. cit., p. 453. En efecto, opinamos que si la respuesta fuese positiva, a través de una transacción, las partes estarían habilitadas para determinar que no se ha resuelto un contrato que en realidad sí se resolvió.
(183) MICCIO, Renato. Ob. cit., pp. 454 y ss.

partes quienes perfilan la solución de una situación litigiosa con base en su común intención y determinación[184].

En tercer lugar, es necesario considerar que, a diferencia de lo que ocurre con el juez, las partes transigentes sí pueden disponer de derechos litigiosos o controvertidos; e incluso pueden crear o modificar sobre una relación distinta a la que constituye objeto de litigio[185].

Finalmente, el Derecho positivo confirma que ni siquiera en sus efectos sobre la *res litigiosa* es viable asimilar técnicamente la transacción a la sentencia pasada a calidad de cosa juzgada. El dato normativo dictamina que ambas hipótesis generan, respectivamente, una excepción contra la parte que busque reabrir una controversia ya cerrada. Empero, las consecuencias en ambos casos serán diametralmente distintas en caso la parte interesada omita alegar la excepción conferida por la norma. Así, la sentencia que se pronuncie irregularmente sobre una materia ya resuelta con calidad de cosa juzgada será revocable. Como contrapartida, la sentencia que se pronuncie sobre una cuestión ya solucionada por medio de una transacción no será revocable, sino operativa.

Del desarrollo expuesto, se desprende que el carácter de cosa juzgada asociado a la transacción no puede ser formalmente equiparado a la autoridad de cosa juzgada de una sentencia. El contrato de transacción no goza de la máxima estabilidad permitida por el sistema procesal, como sí lo haría la institución de la cosa juzgada.

En vista de que resultaría inviable equiparar técnico-formalmente el valor jurídico del contrato de transacción al de la *res iudicata* procesal, se ha querido ver a la asimilación entre ambas instituciones como una exaltación de una supuesta inmutabilidad de derecho material, que caracterizaría al mencionado negocio jurídico. Se trataría de una semejanza metafórica antes que real: la transacción contaría con estabilidad legal *como si fuese (aun cuando técnicamente no lo sea)* una sentencia pasada a autoridad de cosa juzgada.

La propuesta no puede ser compartida por dos razones. En primer lugar, la transacción no es inmutable, pues, al ser un contrato, las partes se encuentran legitimadas para –en uso de su autonomía privada– regular, modificar o extinguir una transacción existente, válida y eficaz, como ocurriría con todo contrato.

En segundo lugar, la transacción no es inmutable, pues la legislación peruana dictamina claramente que aquella puede ser inválida. Ello resulta conforme a la literalidad de los artículos 1304[186] (nulidad por ausencia de formalidad solemne), 1308[187] y 1311[188] del Código Civil. Así, el propio dato normativo descarta un blindaje pleno (inmunidad total contra remedios jurídicos) para dicha institución.

(184) Ídem.

(185) Tal como afirma RIVA, Ilaria. Ob. cit., pp. 11 y ss., el juez en la sentencia jamás podría incidir sobre una relación distinta a aquella objeto del litigio.

(186) Código Civil peruano. Artículo 1304.-
"La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce el litigio".

(187) Código Civil peruano. 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".

(188) Código Civil peruano. Artículo 1311.-
"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".

Más en general –fuera de las exclusiones normativas (como en el caso de la rescisión por lesión)–, el contrato compositivo, como todo acto de autonomía privada, puede adolecer de alguna patología que lo lleve a (i) su invalidez o (ii) su ineficacia sobreviniente[189]. Si ello ocurre, la invalidez o ineficacia de la transacción ocasionará como regla la eliminación de su principal efecto jurídico: la superación de la litis. Consecuentemente, en la hipótesis planteada, la litis quedará reabierta y las partes recobrarán la facultad de canalizar sus pretensiones por los medios que estimen pertinentes. En pocas palabras, si el contrato de transacción deviene en inválido o ineficaz, los conflictos resueltos no permanecerán cerrados, sino que "revivirán".

En el sistema legal peruano, ocurre un fenómeno en cierta medida similar ante la invalidez de una novación. Como se sabe, esta última es un contrato que genera como principal efecto jurídico la sustitución de la relación obligatoria precedente, lo cual supone la extinción de esta última y el nacimiento de una relación obligatoria nueva. Empero, la invalidez de una novación ocasionará como consecuencia natural el renacimiento de la relación jurídica primitiva sustituida. Ello resulta conforme a la literalidad del artículo 1287 del Código Civil, según la cual "[s]i la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros"[190].

La posible reapertura de la litis transigida como consecuencia de la invalidez o ineficacia de la transacción niega la tesis que proclama la estabilidad plena sustancial de dicho negocio jurídico.

Ahora bien, como se verá posteriormente, sí parece posible afirmar una suerte de estabilidad relativa de la transacción, característica ajena a otros tipos contractuales. Aquel tipo de estabilidad ocasiona el cierre de la cuestión litigiosa de una forma tal que queda neutralizado el riesgo de su reapertura en la mayor medida admitida por el sistema legal-contractual, esto es, sin erradicar remedios asociados a la protección de los límites de la autonomía privada o a las normas que regulan la estructura negocial.

Al igual que ocurre en el sistema francés y aquellas codificaciones en las que este ejerció influencia, el ordenamiento jurídico peruano contiene normas expresas que blindan la transacción contra ciertos remedios puntuales. A mayor detalle, los remedios excluidos en Perú son rescisión por lesión (en virtud del artículo 1455 del Código Civil[191]) y la resolución por incumplimiento en las transacciones judiciales (en virtud del artículo 337 del Código Procesal Civil[192]).

(189) Salvo el caso de la resolución por incumplimiento en el caso de las transacciones judiciales.

(190) No obstante, a diferencia de la transacción, el objeto de reviviscencia ante la nulidad de la novación siempre será una relación obligatoria y no una litis engendrada en el marco de una relación obligatoria.

(191) Código Civil peruano. Artículo 1455.-
No procede la acción por lesión:
1.- En la transacción (...)".

(192) Código Procesal Civil peruano. Artículo 337.-
"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 esta.**
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" (énfasis agregado).

La razón de semejante exclusión se halla en la necesidad valorada por el legislador consistente en bloquear algunas vías (patologías y remedios jurídicos) asociadas al retorno a la situación litigiosa pretransaccional, las cuales podrían llegar a romper el arreglo compositivo por las partes con la transacción con la consiguiente reapertura del conflicto de intereses y el costo social que ello acarrearía. Puesto en otros términos, el legislador peruano adopta la alternativa de política legislativa consistente en cerrar ciertas puertas y evitar que una parte transigente arrastre a la otra –mediante la impugnación del contrato transaccional– hacia situación litigiosa preexistente. Desde la óptica del legislador civil, la función especial de la transacción y sus ventajas sistémicas justificarían la preclusión de ciertos remedios jurídicos, con el costo a ello asociado.

Sin embargo, la acusada necesidad de política legislativa no implica que deba verse en la cosa juzgada al instrumento para inmunizar al acto contra cualquier remedio jurídico capaz de provocar la ineficacia *latu sensu* de un negocio jurídico. Pretender derogar la universalidad de remedios asociados a la ineficacia *latu sensu* enarbolando un instrumento tan genérico como el "valor de cosa juzgada" de la transacción sería poco plausible por lo menos en atención a dos razones.

En primer lugar, por ser contrario al entendimiento histórico de los alcances de la institución. En efecto, la derogación total de remedios fue rechazada expresamente por el propio Código Civil francés y los códigos comparados que en aquel hallaron inspiración.

En segundo lugar y principalmente, la derogación universal sería extremadamente lesiva para los intereses de las partes afectadas con las patologías negociales. Esto resulta incluso más evidente si se considera que los remedios asociados a múltiples patologías están amparados en normas de carácter imperativo y/o buscan la protección del orden público (inclusive constitucional).

En este orden de ideas, estimamos que, pese a su "valor de cosa juzgada" plasmado en el artículo 1302 del Código Civil, la transacción será permeable a todas las patologías y los remedios imperativos que amerite su condición de contrato, siempre que no hayan sido excluidos específicamente por el legislador.

Llegado a este punto, tras haber descartado la lectura del "valor de cosa juzgada" en términos de (i) una equiparación técnico-formal con la cosa juzgada procesal y (ii) una estabilidad absoluta y blindaje de la transacción contra remedios jurídicos, queda pendiente desentrañar el contenido del artículo 1302 del Código Civil en el extremo ahora discutido. En efecto, ¿qué alcances operativos exactos tiene el "valor de cosa juzgada" de la transacción desde el punto de vista legal-contractual?

Algunas interpretaciones del artículo 1302 en el extremo referido al "valor de cosa juzgada" de la transacción optan por reconducir dicho carácter al principio de fuerza vinculante (*pacta sunt servanda*) de los contratos. En ese sentido, el citado dispositivo sería una concreción del artículo 1361[193] aplicada al contrato de transacción[194]. Según este punto de vista, el alegado principio de la intangibilidad de la transacción no sería sino una aplicación del

(193) Código Civil peruano. Artículo 1361.-
"Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.
Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

(194) MORALES HERVIAS, Rómulo. Ob. cit., p. 46.

pacta sunt servanda[195]. Así, no es que la transacción sea técnicamente inmutable, sino que, al igual que en cualquier otro contrato, cuenta con fuerza vinculante[196]. Luego, el negocio transaccional obliga a las partes a respetar la nueva regulación de la relación jurídica controvertida, renunciando a la posibilidad de volver a proponer exitosamente alguna de las cuestiones disputadas[197].

Desde nuestra perspectiva, el "valor de cosa juzgada" de la transacción le otorga a esta una cobertura legal especial y ajena a otros contratos, la cual cuenta con naturaleza sustancial antes que procesal. Este blindaje, sin eliminar remedios asociados a normas imperativas, resguarda indirectamente al contrato de transacción contra ciertas situaciones que podrían provocar la reapertura (como consecuencia natural de la ineficacia) de la controversia compuesta por las partes transigentes.

En concreto, el carácter de cosa juzgada del contrato de transacción presenta el siguiente contenido sustancial específico:

(i) Especifica y refuerza la inmunidad que brinda el *pacta sunt servanda* al contrato de transacción. Y es que, aplicado al referido contrato, el principio de fuerza vinculante protege especialmente a la composición privada de intereses contra las eventuales pretensiones unilaterales de las partes transigentes dirigidas a dejar sin efecto el acuerdo y, consecuentemente, volver a proponer exitosamente todas o alguna de las cuestiones conflictivas que habían sido superadas. De este modo, la ineficacia *latu sensu* de la transacción por causas ajenas a la tutela del orden público o buenas costumbres (asociada a la reproposición de las pretensiones disputadas que conformaron la litis) requerirá de la superación de un elevado umbral de materialidad.

(ii) Integra la naturaleza de la operación contenida en el contrato transacción. Consecuentemente, *ex* artículo 170 del Código Civil[198], surge un criterio interpretativo según el cual los términos y las condiciones de la transacción[199] deben ser leídos (a) de forma contraria a aquella que los llevaría a constituir una fuente de invalidez o ineficacia; o, en última instancia, (b) de una forma contraria a aquella lectura que facilitaría su invalidez o ineficacia. Y es que en ambos casos, la invalidez o ineficacia de la transacción se encontrarían asociadas al indeseado renacimiento de la situación litigiosa, con la posibilidad de que las partes vuelvan a proponer sus pretensiones disputadas.

La interpretación basada en la naturaleza de la operación y la lógica económica de la transacción reside en conservar definitiva y permanentemente los efectos del arreglo que supera la *res litgiosa* y, de este modo, evitar el retorno a aquella a través de la ineficacia. En ese sentido, las partes que deseen regular algún supuesto de ineficacia negocial tendrán una inexorable carga de claridad (generación de cláusulas

(195) RIVA, Ilaria. Ob. cit., p. 18.
(196) Ibídem, p. 42.
(197) Ibídem, p. 44.
(198) Estimamos que el efecto descrito es el naturalmente asociado a la ineficacia de un convenio que extingue relaciones jurídicas precedentes.
Código Civil peruano. Artículo 170.-
"Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto".
(199) Nos referimos a términos negociales que, aun siendo ambiguos, alguna de las partes transigentes podría considerarlas como cláusulas de desistimiento *ad nutum*, cláusulas resolutorias expresas, condiciones o plazos resolutorios.

expresas e indubitables) en la previsión de los eventos gatilladores de ineficacia. Y es que, como se mencionó, conforme a la naturaleza de la operación económica transaccional, los términos ambiguos u oscuros no deben ser interpretados en un sentido que los lleve a la inoperatividad de la transacción.

La naturaleza de la operación transaccional descrita en el presente numeral parecería verse cuestionada por el primer párrafo del artículo 1310 del Código Civil, según el cual "[l]a transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto, salvo pacto en contrario". Por el contrario, consideramos que la inmunidad relativa de la transacción, ahora desarrollada, debería orientar la lectura del citado artículo. Ello llevaría a entender que donde el dispositivo hace referencia a la invalidez de "estipulaciones", debería entenderse la invalidez de concesiones recíprocas, las cuales delinean el equilibrio esencial del acuerdo compositivo.

(iii) Enmarca funcionalmente la derogación, operada por el legislador, de remedios imperativos (como la rescisión por lesión y la resolución por incumplimiento, para la transacción judicial). Y es que la activación de estos remedios provocaría potencialmente el renacimiento de la litis. Sin embargo, la sola mención efectuada por el artículo 1302 al valor de cosa juzgada, no llega al punto de derogar la rescisión por lesión y la resolución por incumplimiento, resultando necesaria una disciplina normativa expresa y específica como la contenida en el artículo 1455 del Código Civil y el artículo 337 del Código Procesal Civil (para la transacción judicial).

Semejante derogación normativa podría parecer cuestionable por la orfandad de tutela ocasionada para aquellos intereses subyacentes a los remedios bloqueados para el caso concreto. Empero, debe considerarse que, al no tratarse de patologías socialmente dañinas, la elección de política legislativa operada por el legislador, con base en una ponderación de intereses considerados por aquel como dignos de protección, no podría ser calificada como ilegal.

(iv) Podría respaldar y justificar funcionalmente la derogación, operada por la autonomía privada, de ciertos remedios legales dispositivos (es decir, que no cuenten con naturaleza imperativa ni sirven al orden público) capaces de llevar potencialmente a la ineficacia del contrato de transacción. Este aspecto resulta relevante en términos prácticos, pues podría llegar a respaldar a la derogación voluntaria de remedios contra aquellas normas (como los artículos 1398 y 1399 del Código Civil) que asocian la invalidez de cláusulas a su carácter abusivo o vejatorio entendido en términos de irrazonabilidad en la asignación de riesgos.

No obstante lo mencionado, el "valor de cosa juzgada" al que se refiere el artículo 1302 del Código Civil no interfiere con la aplicación de remedios legales imperativos y remedios contractuales voluntarios y expresos diseñados para –eventualmente– dejar sin efecto la transacción y, de este modo, reabrir una controversia cerrada por las propias partes mediante concesiones recíprocas. Y es que, dependiendo del caso, el juez o las partes estarán legitimados para *perforar* por una justa causa el blindaje atribuido al contrato de transacción ocasionando, mediante el decaimiento de su eficacia, que las partes vuelvan a estar facultadas para proponer legítimamente las pretensiones otrora en disputa.

Así, dependiendo del caso concreto, el contrato de transacción puede ser resuelto por mutuo disenso, incumplimiento[200], por imposibilidad sobreviniente, por excesiva onerosidad, por verificación de una condición resolutoria, puede también ser anulado (por dolo, violencia o intimidación) o declarado nulo (por cualquiera de las causales consagradas por ley). Ello, desde luego, sin perjuicio de las exclusiones operadas clara y específicamente por el legislador, como ocurre con la rescisión por lesión y la resolución por incumplimiento (en el caso de la transacción judicial).

DOCTRINA

BETTI, Emilio y CARNELUTTI, Francesco. Diritto sostanziale e processo, Milán, Giuffrè, 2006; CARRESI, Franco, voz "Transazione (Diritto vigente)", en Novissimo Digesto Italiano, t. XIX, 1973; CARNELUTTI, Francesco, citado por CICERO, Cristiano, op. cit., p. 2. En el mismo sentido: RIVA, Ilaria, La transazione invalida, Padua, CEDAM, 2012; CATAUDELLA, Antonino, I contratti. Parte generale, Turín, Giappichelli, 2000; CICERO, Cristiano, La transazione, en Trattato di Diritto Civile dirigido por Rodolfo Sacco, vol. 9, Turín, UTET, 2014, p. 3. En sede nacional, son de este parecer: OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE, Compendio de Derecho de las obligaciones, Lima, Palestra, 2008; DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil, Traducción anotada y concordada con la legislación española de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, t. II, vol. I, Reus, Madrid, 1944; DEL PRATO, Enrico, voz "Transazione", en Enciclopedia del Diritto, t. XLIV, Milán, 1992; DIEZ-PICAZO, Luis. "Reflexiones sobre la transacción en el Código Civil argentino con una glosa de las notas de Vélez", en Liber Amicorum en Homenaje al prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, t. I, Córdoba, 2010; D'ANGELO, Andrea, Contratto e operazione economica, Turín, Giappichelli, 1992; D'ONOFRIO, Paolo, Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios, Jurista, Lima, 2007; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, Tratado de Derecho Civil, Traducción del alemán de Blas Pérez Gonzalez y José Alguer, t. II., Barcelona, Bosch, 1950; FERRI, Giovanni Battista, El negocio jurídico, Traducción del italiano por Leysser L. León, Lima, ARA, 2002; FERRERO COSTA, Raúl. Curso de derecho de obligaciones. Grijley, Lima, 2004; FRANZONI, Massimo. La funzione del contratto di transazione, en Trattato dei contratti dirigido por Vincenzo Roppo, vol. IV, Milán, Giuffrè; GABRIEL RIVERA, José Luis. "¿Vale más un mal arreglo que un buen juicio? Apuntes poco ortodoxos en torno al contrato de transacción, la responsabilidad contractual y la libertad de forma: a propósito de la Casación N° 2619-2014-Ica". En: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 207; LÓPEZ BARBA, Elena María. El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento, Murcia, Laborum, 2001; MICCIO, Renato, "La transacción I", en: LEÓN HILARIO, Leysser L., Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios, Jurista, Lima, 2007; MIRABELLI, Giuseppe. Contratti speciali, en Il Diritto Civile Italiano secondo la dottrina e la Giurisprudenza. FIORE, Pasquale (al cuidado de), parte XII, UTET, 1905; MORALES HERVIAS. "Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación", en Diálogo con la Jurisprudencia, núm. 116, Lima, 2008; MOSCARINI, Lucio y Nicola CORBO. Voz "Transazione", en Enciclopedia Giuridica Treccani, t. XXXI, 1994; NAVARRETTA, Emanuela, "Hechos y actos jurídicos", en Revista Jurídica del Perú, núm. 91, Lima, 2008; PELÁEZ, Francisco. La transacción. Su eficacia procesal, Bosch, Barcelona; SANTORO-PASSARELLI, Francesco, Dottrine generali del Diritto Civile, Nápoles, Jovene, 1977; SUÁREZ GAMARRA, Saúl, "Concepto de transacción", en Código Civil comentado. Comentan 209 especialistas en las diversas materias de Derecho Civil, t. VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2007; ROPPO, Vincenzo. El contrato. Traducción del italiano al cuidado de Eugenia Ariano, Gaceta Jurídica, Lima, 2009; TAMAYO HAYA, Silvia. El contrato de transacción, Civitas, 2003; TICONA POSTIGO, Víctor, La transacción y los intereses difusos en la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema. Comentarios al Primer Pleno Casatorio (Casación No. 1465-2007 Cajamarca), Lima, Grijley, 2008; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Teoría general de las obligaciones, Lima, Pacífico, vol. II, 2014; TRABUCCHI, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, Traducción del italiano por Luis Martínez-Calcerrada, t.

(200) Excepto en el caso de la transacción judicial, conforme al ya enunciado artículo 337 del Código Procesal Civil. Creemos que esta prohibición resulta aplicable a uno de los subtipos de la transacción, razón por la cual semejante norma restrictiva no puede erigirse como una prohibición general de los contratos de transacción por la vía analógica, en virtud del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1967; VÁSQUEZ REBAZA, Walter. Contratos coligados e ineficacia negocial. Hacia una construcción teórica de la coligación contractual concreta y de sus perfiles patológicos, Tesis para optar por el grado de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012; ZATTI, Paolo. Manuale di Diritto Civile. Padua, CEDAM, 2012

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Transacción extrajudicial no homologada se opone en proceso civil como excepción de transacción

La transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446 e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la transacción (Cas. N° 1465-2007-Cajamarca. I Pleno Casatorio. Doctrina jurisprudencial 1).

Transacción es un acto jurídico de naturaleza patrimonial

Para nuestro ordenamiento jurídico nacional la transacción es un acto jurídico de naturaleza patrimonial (contrato) por el que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso. A nivel formal, al ser un contrato, apunta a zanjar cuestiones ya existentes entre las partes, es decir a extinguir relaciones jurídicas existentes que se encuentran en controversia. Por ello su ubicación es más clara dentro de los medios extintivos de las obligaciones. En cuanto al nivel de fondo, lo que subyace en el corazón de esta figura se centra en la búsqueda de la paz y la armonía (Cas. N° 1465-2007-Cajamarca. I Pleno Casatorio. Considerando 10).

Causa o función de la transacción es la composición de la controversia jurídica

La causa o función de la transacción es la composición de la controversia jurídica que existe entre las partes, cuya solución o liquidación asumen los propios interesados, evitando provocar un pleito o acabando el ya iniciado, y se realiza mediante recíprocas concesiones. Sobre esta causa, que en sus múltiples aspectos revela la virtualidad operativa del contrato, y sobre la situación o relación jurídica controvertida debe recaer, impelido por el animus transigendi, el consentimiento de los contratantes (Cas. N° 1465-2007-Cajamarca. I Pleno Casatorio. Considerando 10).

Establecen los efectos de la transacción

Se sostiene que la transacción, como es opinión mayoritaria en doctrina, produce diversos efectos, siendo los principales: a) es obligatoria o vinculante; b) es extintiva; c) tiene efecto declarativo; d) tiene valor de cosa juzgada: a) Es obligatoria o vinculante: por su razón de carácter contractual, la transacción crea para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, en mérito al adagio que "el contrato es ley entre las partes". b) Es extintiva: precisamente por el efecto extintivo que posee la transacción, las partes no pueden hacer valer luego los derechos renunciados por ese acto, si lo hicieran, serían rechazados por una excepción de transacción, que impide renovar una pretensión ya aniquilada por la virtualidad del convenio celebrado. c) Tiene efecto declarativo: la transacción no tiene efectos traslativos de derechos sino declarativos. Esto significa que cuando uno de los contratantes reconoce el derecho del otro, no es que esté considerando que se lo está transmitiendo, sino que ese derecho ha existido desde antes y directamente en cabeza de quien lo tiene luego de la transacción. d) Tiene valor de cosa juzgada: la parte final del artículo 1302 de nuestro actual Código Civil le otorga tal condición a la transacción, aspecto sobre el que regresaremos más adelante cuando tratemos específicamente sobre la vinculación de la transacción con la cosa juzgada y su posibilidad de proponerse como excepción en ese sentido (Cas. N° 1465-2007-Cajamarca. I Pleno Casatorio. Considerando 12).

Transacción no homologada no se puede plantear como cosa juzgada

Siguiendo a la mayoría de la doctrina, cuyos argumentos nos parecen más plausibles con relación a si en base a la transacción extrajudicial –no homologada– se puede deducir la excepción de cosa juzgada, opinamos que no resulta viable su proposición como defensa de forma bajo esa denominación, sino más bien creemos que se puede plantear como excepción de transacción propiamente dicha, toda vez que si bien es cierto existen ciertas similitudes entre ambas instituciones –transacción y cosa juzgada– se nota la ausencia de identidad entre las mismas y más bien una mayor presencia de diferencias (Cas. N° 1465-2007-Cajamarca. I Pleno Casatorio. Considerando 25).

Transacción evita que las partes litiguen en un fatigoso proceso judicial

El artículo 1302 del Código Civil es meridianamente claro (y por ende preciso), puesto que prescribe que la transacción tiene por cometido el poner fin a una controversia evitando así un pleito que podría promoverse o finalizando el ya iniciado, resultando excesivo y formalista que se exija litigar a las partes en un fatigoso proceso judicial, para arribar finalmente

a la conclusión que el fondo de la controversia ya ha sido resuelto por ellas mismas, cuando bien se pudo poner fin al proceso amparando la excepción propuesta ***(Cas. N° 1465-2007-Cajamarca. I Pleno Casatorio. Considerando 25).***

CORTE SUPREMA

Transacción de los daños extrapatrimoniales

{De} acuerdo a nuestro ordenamiento civil todos los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, se reparan patrimonialmente, es decir con una indemnización, conforme lo preceptúa el artículo 1985 del Código Civil; siendo que dicha indemnización puede ser un pago de dinero o un compromiso de asumir ciertos gastos. Que si bien es cierto, el daño puede ser extrapatrimonial, toda indemnización por sí misma se configura como un derecho patrimonial, respecto del cual sí es posible transigir, tal como ha ocurrido en el caso de autos, en el que ambas partes procesales estimaron convencionalmente su valor económico. Por lo que las normas materiales cuya inaplicación se denuncia en casación resultan impertinentes y siendo ello así, el recurso impugnatorio propuesto por la referida causal debe desestimarse por infundado ***(Cas. N° 705-2007-Cajamarca).***

El valor de cosa juzgada de la transacción

El mencionado artículo 1302 del Código Civil, concordado con el numeral 337 del Código Procesal Civil, que señala que la transacción judicial que pone fin al proceso adquiere la autoridad de la cosa juzgada, permiten afirmar que nuestro ordenamiento jurídico otorga a toda transacción (judicial o extrajudicial) el valor de la cosa juzgada, lo cual impide que aquello que fue transigido es inmutable conforme lo previene el artículo 123 –in fine– del Código Adjetivo, no pudiendo de este modo ser revisado en sede judicial ***(Cas. N° 5081-2007-Cajamarca).***

Finalidad de la transacción

Que, el instituto de la transacción es legislado por nuestro ordenamiento sustantivo, en el artículo 1302 del Código Civil, señalando que: "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". A decir de Devis Echandía "la transacción es un contrato por el cual las partes convienen en resolver un litigio de común acuerdo y en forma definitiva, antes o después de iniciado el proceso civil (...)". De lo dicho se puede colegir que la transacción como acto jurídico bilateral está dirigida a concluir el proceso iniciado, por el cual las partes realizan renuncias parciales o totales de sus intereses y que tiene relación directa con la pretensión planteada, con la finalidad de que componga el conflicto y se concluya el proceso ***(Cas. N° 4297-2011-Puno).***

El negocio jurídico transaccional

La transacción (...) es el acuerdo, un negocio jurídico bilateral y consensual, en el que las partes, haciéndose concesiones recíprocas deciden algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el ya iniciado ***(Cas. N° 1811-2007-Cajamarca).***

La transacción como mecanismo de autocomposición de intereses

La transacción constituye un mecanismo de autocomposición de intereses, lo cual supone que las partes haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre un asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que esta iniciado, conforme lo establece el artículo 1302 del Código Civil (...). Que, de la definición dada, se debe prestar atención al efecto que tiene la transacción al interior de un conflicto de intereses: evita el pleito que podría promoverse (refiriéndose evidentemente al momento anterior al inicio de un proceso judicial o arbitral) o finaliza el proceso judicial o arbitral que está iniciado ***(Cas. N° 1807-2007).***

Efectos relativos de la transacción

La transacción solo tiene efecto vinculante entre las partes conforme lo dispone la norma denunciada {artículo 1302}, siendo incorrecto que la transacción extrajudicial que alude la sentencia de vista pueda obligar a la Asociación demandada por cuanto no se ha probado que la Asamblea General de la Asociación haya aprobado la transferencia de derechos y acciones ***(Cas. N° 864-2011-Junín).***

Las concesiones recíprocas en la transacción

{Para la consecución de la transacción} se requiere que las concesiones recíprocas o sacrificios económicos de las partes deban estar referidas a los derechos cuestionados, es decir, supone el reconocimiento parcial de la pretensión del derecho ajeno y la renuncia parcial de la pretensión o el derecho propio, la transacción persigue, pues, transformar una situación jurídica insegura, discutible y litigiosa por otra ***(Cas. N° 2900-2004-Lima).***

Forma de la transacción

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

Concordancias:
C.C. arts. 167, 448, 487, 1179, 1188, 1302, 1303, 1305, 1306, 1307, 1308, 1309, 1310, 1311, 1312, 1455, 1500, 1652, 1889; C.P.C. art. 335

WALTER VÁSQUEZ REBAZA / FRANCISCO ZEGARRA VALENCIA

El enunciado normativo bajo análisis contiene dos normas perfectamente separables, vinculadas por un disyuntivo:

1) **Primera norma:** La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad.

2) **Segunda norma:** La transacción debe hacerse por petición al juez que conoce el litigio.

Realizaremos por separado el comentario de ambos dispositivos.

1. Formalidad de la transacción

1.1. Cuestiones generales sobre la forma y la formalidad del contrato

La forma es el medio o modo en que el programa contractual se vuelve socialmente reconocible, es decir, su "técnica de comunicación social" (Roppo, 2009, p. 217). Es universalmente conocido que todo contrato presenta una forma, pues, para ser relevante en el plano jurídico, el reglamento negocial deberá haberse tornado socialmente apreciable (Ormanni, 1961[1], p. 565; Giorgianni, 1968, p. 991[2]). De este modo, la forma es inseparable del reglamento o programa contractual, siendo indispensable la presencia de ambos componentes para la configuración lógica de cualquier contrato[3].

Puesto en otros términos, la forma no es solamente un embalaje o apariencia exterior de un contenido (negocio) (Betti, 2000, p. 110)[4], sino que "es el mismo negocio, en la medida

(1) En tal contexto, según el autor, "es inconcebible un negocio jurídico sustraído completamente al requisito de la forma, por lo mismo que es inconcebible cualquier modo de ser de la experiencia jurídica que no satisfaga, aunque sea mínima o defectuosamente (respecto a las apreciaciones sociales o a las prescripciones del Derecho positivo) la exigencia de recognocibilidad social".

(2) Agrega que semejante cualidad hace al negocio idóneo para ser identificado e interpretado. En similar sentido, para quien "todo acto jurídicamente relevante debe tener un aspecto sensible, que lo identifica en la realidad y lo dispone a la diagnosis jurídica, de modo que el problema de la forma se resolvería por completo en el de la existencia del acto (...)".

(3) Por tal razón, no secundamos las posturas que, influenciadas por el "dogma de la voluntad", tienden a definir a la forma como "la apariencia externa de la declaración" o el "modo de manifestarse", instrumental y accesorio, del elemento central del negocio conformado por la voluntad individual (Ormanni, 1961, pp. 560 y ss.). Sin embargo, se ha reconocido que los distintos puntos de partida no impiden delimitar una problemática única para la forma (1961, p. 563).

(4) Para el autor "[f]orma es el modo como es el negocio, es decir, como se presenta frente a los demás en la vida de relación: su figura exterior". De esta manera, "en la vida de relación un acto no es reconoscible a los otros sino a través de su forma". En el mismo sentido, entre muchos otros, véase: Cariota Ferrara, 1954, p. 362; Sacco & De Nova, 2016, p. 701; Ormanni, 1961, p. 565; Giorgianni, 1968, p. 989.

que la organización de intereses configurada por el privado debe en primer lugar obedecer a la fundamental exigencia de reconocibilidad social". Existe, entonces, unidad intrínseca entre la forma representativa del negocio (declaración o comportamiento) y la naturaleza preceptiva de la autorreglamentación privada de intereses (Ormanni, 1961, p. 565).

Los acuerdos contractuales pueden exteriorizarse a través de distintas formas. A saber: la palabra oral, documentos privados físicos, medios telemáticos, escrituras públicas o conductas concluyentes.

En virtud del principio del consensualismo (Fortich, 2012, pp. 194 y ss.[5]), que es una aplicación de la libertad de forma[6], los individuos no tienen la carga de emplear un medio formal específico para dar lugar a un contrato válido y eficaz, siendo suficiente que el acto de autonomía "se haya exteriorizado de modo recognoscible o aprehensible por los demás" (Cariota Ferrara, 1956, p. 362; Gómez-Salvago, 1999, p. 30). Y es que los principios aludidos anteriormente permiten que los sujetos canalicen el programa contractual mediante los signos elegidos libremente que, a su criterio, se acomoden mejor a su conveniencia económica y sus necesidades prácticas.

Ahora bien, en ciertas ocasiones el ordenamiento jurídico dispone instrumentos formales específicos[7], ya sea para efectos de la validez del contrato (formalidades solemnes[8]), para la probanza de su perfeccionamiento y su contenido (formalidades *ad probationem*[9]) o para la consolidación ulterior de situaciones jurídicas (formalidades integrativas[10]). Ingresamos así al terreno de la *formalidad*, también llamada *formalismo* o *forma vinculada*[11].

(5) La autora define al referido adagio en los siguientes términos: "Los contratos se forman por el solo consentimiento de las partes, y los modos para su exteriorización son libres". Adicionalmente, en su opinión, el "alcance de la voluntad humana y su capacidad para crear vínculos jurídicos sin necesidad de ningún ropaje especial ha sido elevado a la categoría de principio". La autora apunta que, en virtud del mencionado imperativo, los requisitos formales exigidos por ley son excepcionales, siendo la regla operativa la libertad de las partes para elegir los medios formales de exteriorización de su voluntad. De otro lado, puntualiza que el principio del consensualismo vendría a ser un garante de la simplicidad y la sencillez de los contratos (2012, p. 195). Vendría a ser, así, una suerte de respuesta a la rigidez ritual del Derecho Romano.
Nuestro Código Civil disciplina este adagio en el artículo 1352, según el cual "[l]os contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad".
El consensualismo constituye una especificación del principio de libertad de forma, que gobierna los negocios jurídicos patrimoniales. Sobre este último, el artículo 143 del Código Civil peruano establece que "[c]uando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente".

(6) Código Civil peruano. Artículo 143.-
"Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente".

(7) Teóricamente, el legislador pudo haber asociado formalidades a ciertos *resultados o efectos* derivados de fuentes contractuales (independientemente de su tipología), tales como la transferencia de propiedad o la extinción de relaciones jurídicas. Sin embargo, esta no ha sido la opción acogida por nuestro legislador, quien, empleando una filosofía primordialmente liberal, refiere las formas vinculadas a ciertos negocios jurídicos específicos. Luego, al menos aquellas solemnes, no podrían ser aplicadas por analogía a otros negocios.

(8) Código Civil peruano. Artículo 219.-
"El acto jurídico es nulo:
(...)
6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

(9) Código Civil peruano. Artículo 144.-
"Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto".

(10) Código Civil. Artículo 1529.-
"Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien".

(11) Este último concepto hace alusión a las formas establecidas por el legislador, aunque con distintos fines específicos:

Cuando la *forma vinculada* es un requisito legal para la validez del contrato nos encontraremos frente a una formalidad *solemne*. La formalidad solemne "es un requisito estructural del contrato distinto de la voluntad, exigido por la ley en el plano estructural del negocio, a efectos de su existencia y validez" (Gómez-Salvago, 1999, p. 20). Por ende, si las partes no cumplen este requisito, se activará el remedio de la nulidad.

Generalmente, la voluntad del legislador en este sentido se extrae de la redacción "*bajo sanción de nulidad*"[12]. Empero, dicha voluntad también podría derivar de un interés normativo trascendente al mero interés de las partes individuales. Ello ocurriría, por ejemplo, con la forma impuesta por la legislación de la materia para la celebración de algún contrato público, a la cual subyacen los principios de empleo eficiente de recursos públicos y libre concurrencia e igualdad de trato.

Por otra parte, la formalidad *ad probationem* no despliega su eficacia en el plano del perfeccionamiento regular del contrato: no obstaculiza su eventual validez[13]. El régimen propio de aquella categoría gobierna el plano procesal (a mayor precisión, el campo de las cargas probatorias). Así, "tales formas *ad probationem* nada tienen que ver con la forma y todo tienen que verlo con la prueba" (Cariota Ferrara, 1954, p. 374). A decir verdad, una formalidad *ad probationem* tiene como propósito facilitar la probanza –por la parte interesada– de la constitución y del contenido de una manifestación de voluntad negocial. Luego, la relevancia de semejante forma entra a tallar lógicamente después de perfeccionado válidamente un negocio jurídico.

Ahora bien, la doctrina más atenta ha distinguido un tercer tipo de *forma vinculada*, el cual ha sido denominada como formalidad *integrativa* o *ad regularitatem*[14]. Esta hipótesis se presenta cuando la ausencia de formalización no toca la validez del acto (a diferencia de aquella solemne) ni facilita la probanza de su formación (a diferencia de la probatoria). En cambio, mediante una formalidad *integrativa*, las partes asumen el deber de repetir[15] el con-

Giorgianni, 1968, pp. 992 y ss.

Una postura distinta, que no secundamos para efectos del presente comentario, parece considerar que el formalismo se encuentra únicamente asociado a las formas legales requeridas para la manifestación válida de voluntad. De allí que "[l]o que realmente permite entrar al campo del formalismo es la exigencia de que esa manifestación de voluntad, indispensable para la formación del contrato, revista ciertas formas precisas" (Fortich, 2012, p. 205). Lohmann secunda esta postura en Perú, pues estima que la forma (entendida como solemnidad) "no es un requisito para la validez del negocio jurídico como concepto, sino de algunos negocios jurídicos y en ellos resulta más apropiado referirse a su formalidad" (1994, p. 102).

(12) Código Civil peruano. Artículo 219.-
"El acto jurídico es nulo:
(...)
6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

(13) Y ello jugará a favor o en contra del contratante que pretenda alegar el cumplimiento del contrato.

(14) La denominación se debe a que mediante aquellas el legislador determina la construcción de reglas contractuales ulteriores a las consensualmente configuradas en el programa negocial.

(15) La repetición del contrato puede ser definida como la declaración de reconocimiento del acto a través de la generación de un nuevo documento.
Desde otra perspectiva, dicha noción ha sido definida como el acto "con el que las partes renuevan su consenso, para expresar una voluntad actual que se corresponde con el contrato ya celebrado" (Bianca, 2007, p. 312). Para el autor, con la repetición las partes vuelven a manifestar su voluntad (por segunda vez) en el mismo sentido que al momento de la formación del acuerdo. Esta postura tiene la ventaja de admitir la posibilidad de que la nueva declaración modifique el contenido de la primera declaración. Sin embargo, esta postura no parece compatible con el modelo procesal nacional que le permite al juez constituir el acto repetido ante la renuencia de alguna de las partes. Sin duda, dicha conclusión sería bastante difícil de sustentar si es que la repetición diese lugar a un genuino acto de autonomía privada.

trato ya perfeccionado, con el propósito de conseguir fines tales como la oponibilidad frente a terceros o su publicidad (Giorgianni, 1968, pp. 993 y 997).

Al respecto, resultan ilustrativas las palabras de Giorgianni:

> El rasgo característico de tal categoría estaría constituido por la circunstancia que la forma asegura al negocio un grado de eficacia más alto o bien la eficacia propia del mismo. Pero en realidad no puede decirse que la forma se agregue al negocio ya estipulado oralmente, haciéndolo eficaz, o bien atribuyéndole eficacia ulterior. El negocio exista ya, con sus efectos propios; si las partes quieren alcanzar los efectos ulteriores, deberán crear un reconocimiento, o sea una repetición del mismo revestida de la forma prescrita por el legislador. La forma "vinculada" involucra (...) ya no al negocio, sino a su repetición, o sea, a su declaración de reconocimiento, la que el legislador considera suficiente, como momento del complejo procedimiento del que consta la "publicidad" (1968, p. 998).

La formalidad *integrativa* se configura como una obligación de formalización ulterior (Gómez-Salvago, 1999, p. 78), al ser un compromiso exigible en la etapa de ejecución del contrato. Desde una consideración lógica, aquella situación jurídica presupone la verificación de un contrato existente, válido y eficaz[16]. El interés mediato que la referida obligación de formalización busca satisfacer es el "endurecimiento", el "fortalecimiento" (Forno, 2016, s/p) y la "concreción" (Mejorada, 2016, s/p) de los derechos o la certeza de su reconocimiento por terceros a través de medios adecuados (Castillo & Cortés, 2009, p. 25). En nuestro sistema, tal propósito se logra a través de la oponibilidad generada por su inscripción en Registros Públicos, en caso los negocios jurídicos versen sobre bienes registrados[17].

Pero la realización de aquel interés mediato (dirigido a la oponibilidad) requiere la satisfacción de un interés inmediato: normalmente, la generación de un documento. Esta última necesidad "se satisface con la imposición a cargo de una de ellas [*los contratantes*] de la obligación de observar cierto comportamiento y en su cumplimiento (consistente en procurar a la otra el documento)". En las hipótesis ahora consideradas, "la forma documental no es un elemento negocial verdadero, sino un presupuesto para exigir los efectos ante los tribunales" (Gómez-Salvago, 1999, p. 78).

El incumplimiento de la (obligación de) formalización *integrativa* del acto admite toda la gama de remedios jurídicos derivados de la lesión del crédito contractual. Entre tales remedios destaca la ejecución forzada, la cual se sustancia –en este ámbito– a través de un proceso dirigido al otorgamiento de escritura pública (o de "otro requisito") con tal de que revista la formalidad solemne. La normativa civil regula la referida acción en los siguientes términos:

> Código Civil peruano. Artículo 1412.-
>
> Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

(16) Como se verá, las obligaciones de formalización ulterior juegan ya con contrato constituido.

(17) En Perú, estas obligaciones cuentan con una crucial importancia, puesto que su cumplimiento es instrumental para la consolidación de los derechos reales (y situaciones jurídicas asimilables a estos) a través de la oponibilidad. Desde el punto de vista empírico, la importancia de la formalidad integrativa radica en que otorga contenido económico pleno a las titularidades patrimoniales adquiridas por los contratantes mediante negocios jurídicos.

> La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.

Quizás la forma vinculada *integrativa* más conocida en el Código Civil se encuentre dada por el artículo 1549, según el cual "es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien". Semejante dispositivo ha recibido un desarrollo jurisprudencial reciente con ocasión al Noveno Pleno Casatorio Civil (2017). De conformidad con el referido concilio, dicha obligación:

> (...) supone la realización que aquellos actos que le permitan al comprador ejercitar a plenitud su derecho de propiedad, esto es, que le permitan usar, disfrutar, disponer, reivindicar y oponer el derecho adquirido, de manera que entre tales actos se encuentran la entrega del bien y el otorgamiento de la escritura pública (...)[18].

Evidentemente, al ser la escritura pública un hito necesario para tales fines, su otorgamiento se encontrará incluido en la obligación de perfeccionamiento de la transferencia. Ahora bien, el Noveno Pleno Casatorio va un paso más allá, en tanto extiende la formalización exigida por el artículo 1549 del Código Civil a contratos ajenos al tipo compraventa, asignándole la magnitud de una obligación esencial:

> (...) en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, a la constitución de un derecho real y, en general, a la transferencia o constitución de cualquier derecho susceptible de acceder al Registro Público a los efectos de ganar mayor oponibilidad, la obligación de elevar a escritura pública el contrato, constituye, salvo pacto en contrario, una obligación principal, por aplicación analógica del artículo 1549 del Código Civil (...)[19].

Aún sin mencionarlo, parece ser que el referido concilio le otorga al contenido del artículo 1549 la calidad de norma *transtípica*, cuyos efectos exorbitan el tipo *compraventa*.

Como se verá en el siguiente acápite, esta constatación impacta directamente en la forma vinculada del contrato de transacción.

1.2. La formalidad de la transacción

A partir del desarrollo presentado, es posible extraer aplicaciones de interés, las cuales permitirán perfilar la lectura correcta del artículo 1304 del Código Civil.

La primera aplicación radica en que el contrato de transacción debe estar contenido en un documento escrito como requisito de validez establecido expresamente por el legislador. La transacción que adolezca de la mencionada exigencia legal (revistiendo, por ejemplo, la forma verbal[20]) será nula conforme al inciso 6 del artículo 219. Si un contrato de transacción es nulo, no producirá (ni será capaz de producir) situaciones y relaciones jurídicas entre las partes.

A consecuencia de la nulidad por ausencia de forma solemne y el consiguiente decaimiento de la eficacia del negocio transaccional, la situación litigiosa preexistente (que las

(18) Consideración 68 del Noveno Pleno Casatorio (2017).
(19) Consideración 88 del Noveno Pleno Casatorio (2017).
(20) GABRIEL RIVERA, José Luis. "¿Vale más un mal arreglo que un buen juicio? Apuntes poco ortodoxos en torno al contrato de transacción, la responsabilidad contractual y la libertad de forma: a propósito de la Casación N° 2619-2014-Ica". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 207, p. 108.

partes inicialmente cerraron) como regla recobrará vigencia, en tanto su superación había sido la principal consecuencia de la transacción posteriormente nulificada[21]. En otras palabas, la nulidad de la transacción implicará la pérdida de justificación jurídica para las concesiones recíprocas consistentes en las renuncias de los transigentes a sus pretensiones iniciales –las cuales dieron lugar a la litis materia de composición–, de suerte que la relación controvertida "revivirá"[22]. Luego, las partes quedarán con el camino libre para hacer valer sus pretensiones otrora transigidas por los medios que juzguen convenientes.

Pasando a otro punto, no se puede perder de vista que razones por las cuales el artículo 1304 del Código Civil prescribe una formalidad tan intensa como la solemne quedan subsumidas en las funciones que desempeña esta categoría, a saber:

- Garantizar la reflexión, la interiorización (Fortich, 2012, p. 198) y no la precipitación de los contratantes al momento de vincularse negocialmente.
- Asegurar contra toda duda la univocidad del acto y garantizar su seriedad, advirtiendo a quien lo realiza que aquel acarrea consecuencias sociales (Betti, 2000, p. 234).

En el caso que nos ocupa, la exigencia legal de una formalidad solemne y los fines a los que aquella subyace (explicitados anteriormente) se justifican si se atiende a la intensidad legal de las consecuencias asumidas por las partes de una transacción, consecuencias ajenas a cualquier otro negocio jurídico concebido en el sistema nacional. La referida intensidad de la transacción se encuentra estrechamente vinculada a los siguientes efectos jurídicos:

(i) Cuenta con "valor de cosa juzgada". Alejado de la literalidad de la frase (que podría generar confusiones con la cosa juzgada que afecta a la sentencia), ello significa que el contrato de transacción se encuentra revestido con un blindaje especial que lo inmuniza o refuerza su resistencia legal contra ciertas situaciones que –a través de la ineficacia– podrían regresar a las partes a la controversia preexistente (la cual habían superado a través del convenio compositivo).

(ii) Le otorga instrumento jurídico especial al interesado en evitar una discusión que reabra la situación litigiosa transigida: la facultad de oponerse a través de una excepción[23].

(21) Lo mencionado anteriormente parece no haber sido considerado por la Corte Suprema en la Casación N° 2619-2014-ICA, donde el Colegiado, tras haber calificado aparentemente a un "acuerdo armonioso" como transacción, sostiene lo siguiente en el numeral 3.6 de la resolución:

> 3.6. Así las cosas, se tiene que en el caso de autos, con la presentación del escrito de fecha veinte de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, en el Expediente N° 63-95, sobre Ejecución de Garantía Hipotecaria, mediante el cual el BBVA Banco Continental - Sucursal de Ica, solicita la suspensión del remate programado, en virtud a haber arribado a un acuerdo armonioso con los ejecutados en la forma de pago de las acreencias insolutas, se denota expresamente la existencia de un acuerdo verbal entre las partes, en el cual la ahora demandante se comprometía a cancelar parcialmente la deuda que mantenía pendiente con la entidad bancaria en referencia, y como consecuencia de ello esta última debía suspender el remate del bien inmueble materia de litis, ordenado en autos; de tal suerte que no se requería para este caso, la existencia de un contrato escrito como lo exigen las instancias de mérito.

(22) Una situación en cierta medida similar ocurre ante la nulidad de la novación en el sistema legal peruano. No obstante, en este último caso –a diferencia de la transacción– el objeto de reviviscencia siempre será una relación obligatoria:

> Código Civil peruano. Artículo 1287.-
> Si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros.

(23) Conforme a la lectura del Primer Pleno Casatorio Civil, esta última cuenta con la naturaleza de excepción procesal. Sin embargo, cabe destacar que este punto de vista ameritó la fuerte oposición de la doctrina de la época.

(iii) El documento privado transaccional cuenta con el carácter de título ejecutivo[24].

Reviste importancia realizar algunas precisiones adicionales sobre la formalidad solemne del contrato de transacción. Cabe preguntarse qué ocurriría si las partes optan por remitir a fuentes externas al contenido de la transacción la determinación de alguno o varios de los aspectos del programa contractual. Al respecto, juzgamos que la validez de la transacción presupone que la formalidad solemne impuesta abrace (i) al acuerdo (entendido como adhesiones de las partes) y (ii) al reglamento de intereses que constituye el contenido mínimo indispensable para calificar a un contrato como transacción.

Así, a manera de ilustración, "X" e "Y" podrían celebrar un acuerdo compositivo delegando la descripción de la *res litigiosa* (antecedente tipificador de la transacción) a correos electrónicos cruzados entre ambas partes durante el primer trimestre de 2019, sin que tales correos electrónicos se encuentren anexados al cuerpo del documento contractual principal. Estimamos que, en el ejemplo expuesto, la transacción resultaría inválida por dos razones. Primero, la configuración de la *res litigiosa* es un elemento que integra el contenido mínimo de la transacción, por lo que debería estar abarcada por la forma vinculada (solemne). Segundo, en el caso concreto, la formalidad solemne no contiene al mencionado aspecto del contenido mínimo transaccional, en tanto las partes remiten *per relationem* la descripción del litigio a correos electrónicos, extraños a la formalidad exigida por ley. Así, con el propósito de observar el requisito de validez establecido por el artículo 1304 del Código Civil, el documento (formalidad) que contiene la transacción debió necesariamente incluir la descripción suficiente del conflicto de intereses. Ello podría ocurrir, por ejemplo, insertando los correos electrónicos en calidad de anexos documentarios.

Distinto sería el caso si, tras haberse descrito suficientemente la *res litigiosa* en los términos y las condiciones negociales, las partes transigentes –de manera redundante, quizás– hubiesen mencionado (sin incluir como anexos) como "antecedentes" los correos electrónicos en los que las partes perfilan sus respectivas posiciones sobre la controversia. En esta segunda hipótesis, la remisión de la cuestión litigiosa a una forma no solemne (documentos telemáticos) no sería obstáculo para la validez del contrato de transacción, dado que su contenido mínimo (conformado por la *res litigiosa*, concesiones recíprocas y función de superación de la litis) ya se encontraría canalizado mediante la forma solemne dispuesta en el artículo 1304.

Del mismo modo, no parece invalidar la transacción por ausencia de formalidad prescrita por ley bajo sanción de nulidad la remisión *per relationem* a fuentes externas al documento solemne de cláusulas accesorias o "no esenciales" (Roppo, 2009, p. 223) (esto es, ajenas al contenido mínimo de la transacción). Tal sería el caso con la incorporación de una cláusula penal o un convenio de confidencialidad a través de medios telemáticos. Ello se debe a que un acuerdo transaccional bien habría podido prescindir por completo de estas cláusulas (i) sin ver afectada su validez; y (ii) manteniendo su calificación como transacción, en tanto se trata de estipulaciones extrañas a su núcleo tipificador elemental. Por ende, la incorporación por remisión de tales pactos resulta inocua e incapaz de invalidar o de romper la elasticidad del tipo del negocio jurídico que nos convoca.

(24) Código Procesal Civil peruano. Artículo 688.- Títulos ejecutivos
"Solo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:
(...)
8. El documento privado que contenga transacción extrajudicial (...)".

La segunda aplicación de interés sobre la formalidad de la transacción se restringe al campo de los contratos compositivos de controversias que generan –directamente[25]– situaciones jurídicas pasibles de inscripción en los Registros Públicos a efectos de ganar oponibilidad. Tal podría ser el caso de una concesión recíproca de una parte transigente consistente en conferir a su contraparte opción de compra sobre un inmueble inmatriculado. La parte de dicho negocio transaccional (en el ejemplo, el optante) tendrá la necesidad práctica de fortalecer, a través de la oponibilidad, el derecho adquirido.

En Perú, conforme a la lectura del Noveno Pleno Casatorio Civil, el titular del interés en formalizar un acto inscribible para hacerlo oponible (como sería el caso del optante del ejemplo propuesto anteriormente) se ve favorecido, en tanto el sistema legal le asigna un derecho subjetivo específico mediante la imposición de una *formalidad integrativa*. En efecto –siempre según la lectura del citado concilio–, la parte interesada en consolidar su título podrá invocar la regla operativa contenida en el artículo 1549 del Código Civil (formalidad *integrativa* a la que el aludido concilio le atribuye el carácter de norma trastípica). Como se vio en el acápite anterior, el mencionado dispositivo cuenta con un espectro aplicativo que, según la interpretación jurisdiccional, exorbita la compraventa y se extiende hasta incluir potencialmente a los contratos de transacción. En dicho escenario, el derecho subjetivo que faculta al transigente a obtener la formalización de su título es protegido con el remedio de la ejecución forzada, *ex* artículo 1412 del Código Civil.

En la hipótesis descrita, el asiento registral correspondiente se generará en mérito al propio contrato de transacción, de la cual emane directamente la situación jurídica pasible de inscripción registral. Empero, nada impide que las partes acuerden una transacción *programática*, es decir, un acuerdo por el que se comprometan a celebrar –en el futuro– contratos y negocios jurídicos que canalicen en ulteriores contratos coligados las concesiones recíprocas que compongan la litis. En tales casos, serán estos actos ulteriores (y ya no el contrato *marco* de transacción) serán los que den lugar a los eventuales títulos inscribibles en Registros Públicos.

Sintetizando el desarrollo expuesto en este acápite, el contrato de transacción cuenta siempre con una formalidad *solemne* y podría contar –de manera coyuntural, dependiendo del tipo de efectos que haga derivar– con una formalidad *integrativa*.

2. Homologación de la transacción judicial

El artículo 1304 del Código Civil establece que la transacción judicial puede efectuarse "por petición al juez que conoce el litigio". Sobre el particular, conviene realizar algunas precisiones de la disciplina del Código Civil en clave integradora con la regulación procesal (la cual cuenta con primacía normativa *ex* artículo 338 del Código Procesal Civil[26]).

Aquella tarea se hace necesaria en tanto una lectura superficial y aislada del código sustantivo podría llevar a entender que el procedimiento para celebrar una transacción judicial se inicia con una petición (oral o escrita) al juez del proceso y, solo una vez aceptada semejante petición, las partes quedarían facultadas para tranzar; o, peor aún, podría llevar a entender que los actores someten a la consideración del juez los términos de la transacción. Semejantes

(25) La misma conclusión no sería aplicable en las transacciones *programáticas*, es decir, aquellas que establezcan un cronograma futuro de actividades entre las cuales se encuentre la celebración de nuevos negocios jurídicos, siendo estos de los cuales emanan las situaciones jurídicas materia de inscripción en los Registros Públicos.

(26) Código Procesal Civil. Artículo 338.-
"En todo lo no previsto en este Capítulo, se aplican las normas pertinentes del Código Civil".

lecturas hipotéticas resultarían erróneas y deben ser descartadas con base en una consideración integradora civil-procesal, como la que esbozaremos a continuación.

Por un lado, la transacción judicial conserva su naturaleza contractual y, por ende (sin perjuicio de las especificidades dispuestas por el Código Procesal Civil), cuenta con los mismos requisitos de existencia, validez, eficacia y calificación que la transacción regulada en el Código Civil.

Por otro lado, sintetizando el régimen contenido en el Código Procesal Civil, se tiene que la transacción judicial es aquella realizada por las partes procesales durante el trámite del proceso; que se relaciona al objeto (total o parcial) del pleito y que, adicionalmente, tras ser homologada por parte del juez, concluye (de manera total o parcial) el proceso.

Del marco legislativo mencionado, fluye que los componentes medulares de la transacción judicial no residen en el simple hecho de que aquella sea realizada –como dispone el artículo 1304 del Código Civil– "por petición al juez que conoce el litigio" (cualquiera sea el significado que emane de dicha frase). En cambio, la institución objeto de análisis se caracteriza por ser un subtipo del contrato de transacción (regulado genéricamente en el Código Civil) que cuenta con las siguientes especificidades dictaminadas por el legislador procesal:

(i) Es realizada por las partes de un proceso iniciado, pero no concluido.

(ii) Se encuentra necesariamente relacionada al objeto del referido proceso.

(iii) Debe necesariamente ser homologada por el juez, a fin de obtener el efecto conclusivo del pleito.

A continuación, nos referiremos a los mencionados caracteres.

De entrada, debe recordarse que, conforme al artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el proceso civil se rige por el principio dispositivo[27]. Este último indica que el objeto del proceso le pertenece a las partes (Ariano, 2000, p. 7), quienes –como regla– podrían disponer de aquel conforme a su conveniencia. En efecto, quien afirma ser titular de un derecho lesionado cuenta con plena libertad para solicitar tutela jurisdiccional efectiva (mediante el inicio de un proceso). Del mismo modo, las partes tienen la libertar de concluir el pleito en caso lo consideren pertinente, toda vez que –salvo las exclusiones legales– la titular se encuentra facultada para disponer de los derechos objeto del proceso.

De lo mencionado en el párrafo anterior, fluye que el principio dispositivo comprende también el poder de una parte procesal consistente en celebrar una transacción judicial sobre el objeto del pleito[28], con un efecto conclusivo total o parcial de aquel. Luego, la transacción judicial da lugar a una forma especial de conclusión del proceso (Priori, 2001, p. 41).

A pesar de que las partes procesales cuentan con la libertad de realizar transacción sobre el objeto del proceso, existen determinados parámetros legales que deben ser cumplidos para que esta forma especial de conclusión procesal pueda concretarse. Uno de estos parámetros, consagrado también por la norma adjetiva, radica en la necesidad de la homologación por parte del juez del acuerdo compositivo.

(27) Código Procesal Civil. Artículo IV.-
"El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar (...)".

(28) Si existe la plena libertad de desistirse del proceso y de su pretensión, con mayor razón existe la posibilidad de realizar una transacción sobre el objeto del proceso.

La homologación consiste en la aprobación brindada por el juez del proceso respecto a la transacción celebrada por las partes y sometida a su consideración. Para tal efecto, el juez verifica la producción de ciertos requisitos en el negocio transaccional. Se trata de requisitos *subjetivos*, *objetivos* y *de actividad* (Montero, Gómez, Barona, 2014, p. 404), conforme veremos más adelante. Cabe, por ahora, resaltar que la homologación del juez no es un requisito para la validez del contrato de transacción (entendido como acto de autonomía privada), pero sí un presupuesto para que se produzca el efecto adjetivo consistente en la culminación del proceso.

Lo expuesto en último lugar nos lleva al segundo punto del presente apartado, que radica en preguntarnos la razón por la cual la transacción judicial debe ser homologada (esto es, aprobada) por el juez. A primera vista, la mencionada necesidad legal obedece a que, tras su homologación, la transacción pasa a tener un estatus legal privilegiado: "autoridad de cosa juzgada" conforme al artículo 337 del Código Procesal Civil[29], permitiendo a una de las partes interponer la excepción de "conclusión del proceso por transacción"[30].

No obstante, el Primer Pleno Casatorio Civil determinó que la excepción de "conclusión del proceso por transacción" puede presentarse tanto en los casos en que se celebre una transacción judicial, como en aquellos en que se verifique una transacción extrajudicial. Dicho de otra manera, para el referido concilio, la asignación legal de una excepción procesal contra quien pretenda reabrir la controversia cerrada mediante una transacción es una característica no exclusiva de la transacción judicial.

Sin ánimo de profundizar en este punto por los límites temáticos a los que nos encontramos constreñidos, estimamos que, si la lectura del Primer Pleno Casatorio Civil fuese correcta, la necesidad legal de homologar una transacción judicial no se encontraría asociada a la "autoridad de cosa juzgada" ni a la asignación de una excepción especial, pues ambas consecuencias jurídicas también emanarían de la transacción extrajudicial, regulada en el Código Civil. Parecería, en cambio, que el mencionado requisito obedece a una necesidad de protección de las eventuales partes débiles (como, por ejemplo, los trabajadores transigentes) y de intereses generales que concurran (como la tutela del orden público).

Como tercer punto relevante sobre la transacción judicial, nos referiremos a los requisitos necesarios para que proceda la homologación. Se trata, como anticipamos, de requisitos *subjetivos*, *objetivos* y *de actividad* (Montero, Gómez, Barona, 2014, p. 404).

Constituye un requisito *subjetivo* de la homologación de la transacción judicial el que esta sea realizada por las partes procesales. Al respecto, conviene señalar que en el marco de un pleito pueden coexistir sujetos que actúan como partes distintas (ello ocurre con los sujetos "B" y "C" cuando "A" les demanda el cumplimiento de una obligación solidaria) y sujetos que se comportan como una sola parte ("B" y "C" cuando "A" les requiere el cumplimiento de una obligación mancomunada). En el primer caso nos encontramos ante un litisconsorcio facultativo (disciplinado en el artículo 94 del Código Procesal Civil[31]), mientras

(29) Código Procesal Civil. Artículo 337.-
"(...) la transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada (...)".

(30) Al respecto, cabe mencionar que la dilucidación de los alcances técnicos-jurídicos del mencionado "valor de cosa juzgada" de la transacción judicial excede los propósitos del presente trabajo.

(31) Código Procesal Civil peruano. Artículo 94.-
"Los litisconsorcios facultativos serán considerados como litigantes independientes. Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso".

que en el segundo, ante un litisconsorcio necesario (regulado en el artículo 93 del citado Código Civil[32]).

La distinción mencionada reviste importancia porque influirá en los alcances de las pretensiones interpuestas y, por tanto, en el esclarecimiento de qué sujetos deberán efectivamente celebrar la transacción judicial que concluirá el proceso, tal como se deriva del artículo 338 del Código Procesal Civil[33].

En las hipótesis de litisconsorcio necesario existen diversos sujetos que actúan como una sola parte, ya sea demandante o demandada. Los referidos sujetos se encuentran legitimados para interponer una única pretensión u oponerse a ella de manera conjunta, por lo que el juez emitirá una sola decisión que afectará a todos los involucrados (Prado, Zegarra, 2016, p. 302). En estos casos, si las partes desean componer su conflicto de intereses, será necesario que todos los litisconsortes necesarios (demandantes o demandados) suscriban –con la contraparte transigente– la transacción judicial como una sola parte.

En los casos de litisconsorcio facultativo también existen varios sujetos, empero, cada uno de estos actúa como una parte independiente, ya sea como demandante o demandado. En efecto, cada uno de los litisconsortes facultativos se encuentra legitimado para interponer una pretensión autónoma u oponerse a ella (también de manera independiente), por lo que el juez emitirá tantas decisiones como partes existentes (Prado, Zegarra, 2016 p. 303).

En esta hipótesis, cada uno de los litisconsortes facultativos (individualmente considerado) cuenta con un interés autónomo que bien podría someter aisladamente a transacción, independientemente de la decisión de los otros litisconsortes (a quienes no tocará). Luego, en el escenario descrito, la transacción solo será vinculante para los litisconsortes facultativos que la suscriban, sin proyectarse sobre los otros. Lo mencionado operará, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de las normas materiales correspondientes, como el artículo 1188 del Código Civil[34].

Habiendo establecido el alcance subjetivo de la transacción judicial, conviene afirmar que no es del todo atinado el artículo 335 del Código Procesal Civil en el extremo que dictamina la transacción judicial puede ser realizada por las partes o sus representantes[35]. Y ello porque no resulta indispensable hacer referencia a estos últimos. Después de todo, aun cuando las partes actúen a través de representantes, seguirán siendo estas las titulares de las

(32) Código Procesal Civil peruano. Artículo 93.-
"Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, solo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio active o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario".

(33) Código Procesal Civil peruano. Artículo 337.-
"(...) Si la transacción (...) se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella (...)".

(34) Código Civil peruano. 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".

(35) Código Procesal Civil peruano. Artículo 335.-
"La transacción judicial debe ser realizada únicamente por las partes o quienes en su nombre tengan facultad expresa para hacerlo (...)".

situaciones jurídicas controvertidas y las que buscan la tutela de posiciones materiales a través del proceso.

Pasando a otro punto, constituyen requisitos *objetivos* de la transacción judicial los establecidos en el artículo 337 del Código Procesal Civil[36], según el cual dicho negocio debe: (i) referirse al objeto del proceso sin crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas a aquel[37]; (ii) contener concesiones recíprocas; (iii) referirse a derechos patrimoniales; y (iv) no afectar el orden público o las buenas costumbres.

De todos los numerales presentados, solo el primero contiene una especificación legal que desvía a la transacción judicial del régimen general disciplinado por el Código Civil para dicho contrato. En efecto, conforme al artículo 1302 del Código Civil (y a diferencia de lo que ocurre en la transacción judicial), la transacción bien podría producir efectos materiales sobre relaciones jurídicas ajenas a esta última, como se verá a continuación:

> Código Civil. 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.** [Énfasis agregado] (...)

Aparentemente, el primer requisito *objetivo* se encuentra asociado a las posibilidades con las que cuenta el juez para evaluar las concesiones recíprocas en la transacción. En efecto, si bien se encuentra dentro de las posibilidades razonables del juez conocer las concesiones consistentes en renuncias a las pretensiones judicializadas, podría ser bastante más difícil constatar concesiones que creen (o repercutan sobre) relaciones ajenas y externas al objeto del proceso (sobre todo cuando se da lugar a una *transacción compleja plural*). En suma, el juez no podría homologar concesiones recíprocas que no se encuentra en posibilidad de conocer, y ello en vista de su ajenidad al pleito.

Los otros requisitos *objetivos* de la transacción judicial no resultan novedosos respecto al régimen general de la transacción. Y es que no solo las transacciones judiciales, sino todos los contratos de transacción cuentan con diversos caracteres, tales como (i) la existencia de concesiones recíprocas (que es solo uno de los elementos tipificadores) y (ii) sintonía con el orden público o las buenas costumbres y el versar sobre derechos patrimoniales (que son solo dos elementos de validez de todo negocio jurídico).

En ese sentido, estimamos que sería necesario interpretar el texto normativo en el sentido de entender que, al momento de homologar una transacción judicial, el juez deberá apreciar la

(36) Código Procesal Civil peruano. Artículo 337.-
"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 (...). Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso".

(37) La transacción judicial puede versar sobre la totalidad del objeto del proceso (pretensiones), en cuyo caso concluirá el proceso; o puede ser realizada sobre una parte del objeto del proceso, en cuyo caso este continuará sobre los extremos que no se encuentran comprendidos en la transacción judicial.

regularidad de todos elementos de existencia, validez, eficacia y calificación de negocio transaccional que fluyan razonablemente del expediente materia de conocimiento.

Finalmente, constituyen requisitos *de actividad* de la transacción judicial los relacionados al tiempo y la formalidad en que debe realizase dicha institución, aspectos disciplinados en los artículos 334 y 335 del Código Procesal Civil[38].

La transacción puede realizarse en cualquier etapa del proceso. Es decir, su única limitación temporal se encuentra dada por la existencia de cosa juzgada material. El artículo 334 del Código Procesal Civil pone especial énfasis en ello al señalar que esta puede realizarse "incluso durante el trámite del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o en discordia", mientras que el artículo 337 del citado Código despeja toda duda al señalar que "queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme".

En cuanto a los requisitos formales, enfatizamos que la transacción debe realizarse por escrito, legalizando las firmas de las partes ante el secretario respectivo. Dicho requisito no será necesario cuando la transacción se realice mediante escritura pública o documento con firmas legalizadas[39].

Sintetizando lo antes mencionado, la homologación de la transacción por parte del juez deberá ser efectuada cuando aquel funcionario verifique que la composición de la litis cuenta con los elementos de existencia, validez, eficacia y calificación propios de la figura siendo que, a tales fines, el juez deberá limitarse al expediente materia de conocimiento. En particular (pero no de forma taxativa), el juez deberá apreciar que la transacción: (i) sea suscrita por las partes del proceso; (ii) se restrinja a la litis objeto del proceso; (iii) contenga concesiones recíprocas de las partes transigentes; (iv) no afecte el orden público y las buenas costumbres; y (v) se presente en escritura pública o, en su defecto, cuente con firmas legalizadas ante el secretario respectivo.

Por último, debemos señalar que en caso la autoridad judicial decida no homologar la transacción judicial presentada a su consideración, el proceso incoado seguirá su curso. En esta hipótesis, nada impide que las partes celebren una nueva transacción y la sometan –nuevamente– al procedimiento de homologación dispuesto por Código Procesal Civil.

DOCTRINA

ARIANO DEHO, Eugenia. El proceso de ejecución. Rhodas. Lima. 1998. ARIANO DEHO, Eugenia. Un código de fin de siglo: el Código Procesal Civil peruano de 1993. En: Problemas del Proceso Civil. Juristas Editores. Lima. 2003. ARIANO DEHO, Eugenia. Impugnaciones procesales. Instituto Pacífico. Lima. 2015.

(38) Código Procesal Civil peruano. Artículo 334.-
"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".
Código Procesal Civil peruano. Artículo 335.-
"La transacción judicial (...) se presenta por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el secretario respectivo. Si habiendo proceso abierto las partes transigen fuera de este, 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".

(39) Código Procesal Civil peruano. Artículo 335.-
"La transacción judicial (...) se presenta por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el secretario respectivo. Si habiendo proceso abierto las partes transigen fuera de este, 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".

ARIANO DEHO, Eugenia. De la excepción de transacción a la excepción de conclusión del proceso por transacción. Instituto Pacifico. Lima. 2016. PRIORI POSADA, Giovanni. Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil. En: Revista Proceso y Justicia N° 1. DE LA OLIVA Santos Andrés. Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Thomson Civitas. Navarra. 2005. NIEVA FENOLL Jordi. La cosa juzgada. Atelier libros jurídicos. Barcelona. 2006. MONTERO AROCA Juan, Gómez Colomer Juan Luis, Barona Vilar Silvia, Calderón Cuadrado María Pía. "Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil. 22 edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2014. PRADO BRINGAS, Rafael, Zegarra Valencia, Francisco. Litisconsorcio e intervención de terceros, buscando una nueva aproximación. En: Ius Et Veritas No. 52. Ius Et Veritas. Lima. 2016. BETTI, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*. Granada, España: Comares. BIANCA, M. (2007). *Derecho civil 3. El contrato*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. CARIOTA FERRARA, L. (1956). *El negocio jurídico*. Madrid: España: Aguilar. CASTILLO, M. & Cortés, C. (2009). La forma. Recuperado de http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/147_La_forma_en_los_contratos.pdf FORNO, H. (2016). *Intervención como amicus curiae en la audiencia del IX Pleno Casatorio Civil*. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=34sN7rRoiTo&t=23s. FORTICH, S. (2012). *Solus consensus obligat*: principio general para el derecho privado de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, 23, pp. 191-207. GABRIEL RIVERA, José Luis. "¿Vale más un mal arreglo que un buen juicio? Apuntes poco ortodoxos en torno al contrato de transacción, la responsabilidad contractual y la libertad de forma: a propósito de la Casación N° 2619-2014-Ica". En: Diálogo con la Jurisprudencia, No. 207, pp. 87-112. GIORGIANNI, M. (1968). Forma degli atti. *Enciclopedia del Diritto, 17*, pp. 988-1012. GÓMEZ-SALVAGO, C. (1999). *La forma voluntaria del contrato*. Valencia, España: Tirant lo Blanch. LOHMANN, J.G. (1994). *El negocio jurídico*. Lima, Perú: Grijley. MEJORADA, M. (2016). *Intervención como amicus curiae en la audiencia del IX Pleno Casatorio Civil*. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=34sN7rRoiTo&t=23s. ORMANNI, A. (1961). Forma del negozio giuridico. *Novissiso digesto italiano*, 7, pp. 555-567. ROPPO, V. (2009). *El contrato*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. SACCO, R. & De Nova, G. (2016). *Il contratto*. Turín, Italia: UTET.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Acuerdo verbal que pone fin al proceso no necesariamente es una transacción

Así las cosas (...) con la presentación del escrito (...) mediante el cual el BBVA Banco Continental – Sucursal de Ica, solicita la suspensión del remate programado, en virtud a haber arribado a un acuerdo armonioso con los ejecutados en la forma de pago de las acreencias insolutas, se denota expresamente la existencia de un acuerdo verbal entre las partes, en el cual la ahora demandante se comprometía a cancelar parcialmente la deuda que mantenía pendiente con la entidad bancaria en referencia, y como consecuencia de ello esta última debía suspender el remate del bien inmueble materia de litis, ordenado en autos; de tal suerte que no se requería para este caso, la existencia de un contrato escrito como lo exigen las instancias de mérito. De lo que se concluye, que se ha obviado la valoración de esta prueba, en este contexto, al tratarse de un acuerdo verbal que dio origen a la presentación del escrito en cuestión, y que debió ser evaluada por el Juzgador; y en tal sentido, se advierte vulneración al debido proceso contemplado por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; así como trasgresión en la motivación, que afecta sustancialmente lo normado en el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil (...) ***(Cas. N° 2619-2014-Ica).***

Un contrato de transacción siempre debe ser realizado por escrito

El artículo mil trescientos cuatro del Código Civil establece con precisión que la transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad; ello importa que no solo los términos que acuerden las partes deban constar por escrito, sino que también debe ser plasmada de esa forma la voluntad de los intervinientes; en tal sentido, un contrato de transacción no puede materializarse a través de actitudes o comportamientos positivos que revelen el conocimiento de su existencia, sino a través de una manifestación expresa que confluya en un acuerdo de voluntades ***(Cas. N° 1744-2006-Lima)***

Derechos objeto de la transacción

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

Concordancias:
C.C. arts. 5, 487; C.P.C. art. 337

ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI

1. Antecedentes

Los derechos que pueden ser objeto de la transacción es una materia tratada desde la antigüedad. Normativamente, tiene antecedentes en el *Digesto* (lib. II, tít. XV, ley 8, § 27), incluso el Divino Marco hizo una oración recitada en el Senado en el sentido de que no fuese válida una transacción de alimentos sino cuando hubiera sido hecha por autoridad del pretor. Este principio fue adoptado por códigos civiles primitivos como el de Austria (APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, p. 310). Los códigos clásicos normaron la materia con la sencillez que hoy es tratada.

A nivel local, el Código Civil de 1852 indicó, en el artículo 1708, que podían ser materia de transacción todas las cosas que se hallaban bajo el dominio del hombre; asimismo, el artículo 1720 hacía una prohibición detallada de aquello sobre lo que no se podía transigir, estableciendo más adelante que si alguno transigía sobre cosas prohibidas, hacía una transacción nula, esto en el artículo 1724. El Código de 1936 en su artículo 1315 mantiene una redacción muy similar a la vigente.

2. Delimitación

Según el *Diccionario de la lengua española*, transigir significa "consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de acabar con una diferencia"; es decir se ceden posiciones o derechos para lograr la paz social. Esta cesión implica un despojamiento, una entrega a cambio de otra, lo que solo puede realizarse con bienes materiales.

El principio consagrado en la norma citada es que la transacción se realiza sobre determinados derechos: los patrimoniales. La síntesis y la contundencia de este artículo sirven para indicar expresamente aquellos derechos que pueden ser objeto de transacción.

Lo característico en la redacción es que el adverbio de exclusión utilizado (nos referimos al: solo) implica –única y exclusivamente– que aquellos derechos objeto de transacción deben tener un contenido lucrativo, económico o rentable. El sustento es lógico, al tratarse la transacción de un medio de extinción de la obligación, y siendo esta esencialmente patrimonial, solo podemos disponer por esta vía de aquello de lo que nos podemos desprender, es decir, entregar o ceder a otro un derecho personal –*cedi jus personale alli non potest*–, en desmedro de nuestro peculio con el fin de solucionar un problema.

3. Los derechos de la persona

Los derechos son facultades o poderes que permiten al sujeto la satisfacción de sus necesidades y sus requerimientos. Para la profesora paulista Rosa María Nery, la expresión "derechos fundamentales es utilizada para designar *posiciones* jurídicas atribuidas a las personas por la Constitución" (NERY, p. 146). Los derechos personalísimos llevan esa denominación

porque inciden sobre bienes inmateriales e incorpóreos, de allí que la Escuela del Derecho Natural proclame su existencia, por ser inherentes a la persona (VENOSA, p. 149).

Dada su complejidad y su variedad, existen varias clasificaciones que permiten ordenar los derechos para un mejor estudio.

Dentro de la más común tenemos aquella que los considera por su contenido, patrimonial o personal. Claramente, en este punto Valencia Zea estudia el tema sustentándose en que los derechos patrimoniales son avaluables en dinero (propiedad, créditos); son negociables; se transmiten entre vivos o por causa de muerte; y pueden ser separados de la persona relacionándose con el patrimonio económico del ser, puesto que sirve de medio para satisfacer necesidades materiales mediante la explotación de las cosas comerciables. En cuanto a los derechos extrapatrimoniales, no son susceptibles de ser avaluados en dinero, no se encuentran en el comercio ni pueden ser negociables, están íntimamente unidos a la persona, no pueden ser separados de ella (vida, honor, integridad), en suma permiten el desenvolvimiento y el desarrollo, tanto físico como espiritual, siendo el contenido esencial de la personalidad, por lo que se dice que estos derechos dependen del mero hecho de existir de la persona (VALENCIA ZEA, pp. 246 y ss). La delimitación estricta de la extrapatrimonialidad de los derechos no es del todo exacta, dado que muchos derechos (nombre, autor, voz, imagen), o en todo caso relaciones (filiación, parentesco), tienen trascendencia económica en la medida de su utilización o relacionamiento, de allí que se diga que lo más aceptable es otorgar a esta clasificación un contenido ético-económico. Coviello aclara el tema otorgando un *interés ético* a los derechos personales y un *interés económico* a los patrimoniales (CIFUENTES, p. 186).

La doctrina nacional, siguiendo el criterio clásico, ha mantenido la posición de que los derechos extrapatrimoniales son inalienables y, por tanto, no pueden ser objeto de enajenación; ellos están fuera del comercio de los hombres (OSTERLING, pp. 434-435), solamente los conflictos de intereses relativos a derechos patrimoniales disponibles son susceptibles de transacción (FERRERO, p. 344). En el sentido expresado, la transacción tiene una limitación y es que solo opera respecto de derechos de orden económico. Solo pueden ser materia de transacción las relaciones jurídicas reales, sucesorias, de crédito y todas aquellas de las cuales las partes pueden disponer libremente (GAMARRA, p. 242). La transacción es exclusiva a los derechos patrimoniales (como lo sumilla MAISH VON HUMBOLDT) porque se pueden disponer libremente. A mayor abundamiento, algunas legislaciones que regulan la conciliación entienden por derechos disponibles aquellos que tienen un contenido patrimonial; es decir, los que son susceptibles de ser valorados económicamente o que, no siendo necesariamente patrimoniales, pueden ser objeto de libre disposición. Para transigir, las partes deben tener capacidad para disponer del derecho que es objeto de controversia. En caso contrario, la transacción será nula.

La doctrina moderna coincide en otorgar a los derechos de la persona además otros caracteres adicionales: innatos u originarios, pertenecen al hombre como sujeto de derecho; personalísimos, se está en presencia de derechos individuales y propios; inherentes, son propios de la persona humana; por lo tanto, existe un deber universal o general de respeto a ellos; irrenunciables, nadie puede desistirse a tenerlos; inexpropiables e inembargables, al carecer de valor económico resultan inestimables e inútiles como objeto de expropiación o embargo, solo tienen relevancia para su titular; imprescriptibles, el transcurso del tiempo no afecta su esencia; necesarios, de máxima utilidad para el ser humano; irreductibles, no pueden ser disminuidos; relativamente indisponibles, no puede disponerse

libremente de ellos, de allí que no proceda el allanamiento[1], la rebeldía[2], la conciliación[3] y, en este caso, la transacción.

Vale detenernos aquí. La distinción entre derechos disponibles e indisponibles se centra en que los primeros pueden ser cedidos en forma onerosa, mientras que en los segundos no cabe la cesión. Los derechos cuyo contenido es de orden público son indisponibles, pues tienen por fuente la ley, encontrándose por encima de la voluntad de las partes. De esta manera, la ley exceptúa de pactos y convenios a las partes respecto de aquellos derechos, al carecer el titular del *jus disponiendi*.

No se pueden otorgar a los derechos personales destinos diferentes a su propia esencia. La voluntad y el criterio individual en su uso y su disposición están limitados en la medida en que son indisponibles, intrasmisibles, irrenunciables, inenajenables, imprescriptibles e insubrogables, que son los denominados caracteres negativos de la extrapatrimonialidad (CIFUENTES, p. 186). En líneas generales, la conjugación de las características de los derechos de la persona determina que estos no puedan ser objeto de transacción, renuncia ni limitación voluntaria (con algún criterio se acerca a esta idea MONTEIRO, p. 97), dado que, siendo inherentes a la persona humana, escapan de la órbita patrimonial (RODRÍGUEZ, p. 61) y por tanto transaccional. El jurista brasileño Augusto Texeira de Freitas quien, a mediados del siglo XIX, redactara un proyecto de Código Civil que no llegaría a convertirse en ley, considera en el artículo 1.200 de su *Esbôço* que no habrá transacción cuando se renuncia a derechos y fija dos supuestos claramente establecidos. Pontes de Miranda nos dice que ninguna parte puede, negocialmente, renunciar al recurso contra la declaración de inexistencia o contra la acción de nulidad o anulabilidad, tampoco vale el desistimiento, el acuerdo para desistirse o la transacción (MIRANDA, p. 421).

Algún sector de la doctrina y el Derecho comparado gustan indicar que no pueden ser materia de transacción: el estado civil, los derechos de la persona, la capacidad, las relaciones de familia o que se refieran a los poderes derivados de ellas, ni sobre derechos o cosas que no pueden ser objeto de los contratos o que interesen a la moral o al orden público. Por el contrario, ningún obstáculo existe para la transacción sobre los derechos patrimoniales subordinados al estado de las personas o a los demás casos indicados, siempre que la transacción no comprenda el estado mismo o el hecho prohibido (SILVA ALONSO, pp. 385-386).

En el *Tratado de las obligaciones* se menciona que el objetivo de la norma es claro: los derechos extrapatrimoniales no son susceptibles de renuncia por las partes, dentro de este criterio la doctrina no discrepa y admite la transacción sobre 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; además, debe considerarse que los derechos extrapatrimoniales no pueden formar parte del contrato, encontrándose fuera del comercio de los hombres, por

(1) "Resulta improcedente el allanamiento planteado por el emplazado sobre la pretensión principal, así como las accesorias, en un proceso de divorcio; pues este no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto por tratarse de un derecho indisponible". Expediente N° 1370-97, Sala N° 6, Lima, catorce de julio de mil novecientos noventa y siete.

(2) "(...) Siendo la pretensión de alimentos indisponible en los términos del inciso segundo del artículo cuatrocientos sesenta y uno del citado Código Procesal y cuatrocientos ochenta y siete del Código sustantivo, no es de aplicación la presunción legal relativa de la veracidad de los hechos afirmados en la demanda que origina la declaración de rebeldía (...)" Cas. N° 547-2000-La Libertad, Lima, veinticinco de abril del dos mil.

(3) Ley de Conciliación N° 26872, "Artículo 9.- Materias Conciliables.- Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes". Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley N° 27398 (13-01-2001).

lo que se infiere claramente que no pueden ser objeto de transacción, y ello porque la transacción, siendo un medio de extinguir obligaciones, es básicamente un mecanismo contractual (OSTERLING y CASTILLO FREYRE, pp. 548-549).

4. La obligación

Dentro de los caracteres de la obligación tenemos su naturaleza pecuniaria. Como dice Mazeaud, la obligación es un derecho que puede estar evaluado en dinero, suponiendo entonces que existe un compartimiento estanco que separa el dominio de la obligación de los derechos de la personalidad, los que sin duda están fuera del derecho de las obligaciones. Sin embargo, los dos ámbitos se compenetran al existir derechos de familia que tienen carácter pecuniario (alimentos), así como toda violación de los derechos de la persona abre un crédito de daños y perjuicios (MAZEAUD, pp. 16-17), situaciones que sí pueden ser transadas, en la medida en que se negocia la satisfacción de intereses derivados de los derechos que son valuables patrimonialmente, pues la transacción tiene un contenido esencialmente económico y, por ende, obligacional. El aspecto económico de los derechos de la persona surgirá cuando se produce su violación, es decir, cuando son transgredidos y el pedido o solicitud depende del interés de la persona.

A fin de satisfacer sus necesidades, la persona es sujeto activo y pasivo de relaciones jurídico-económicas –que constituyen el patrimonio– siendo una proyección económica de la personalidad (DINIZ).

5. De la transacción

La transacción es uno de los medios de extinción de las obligaciones más requeridos, pero no por ello el más sencillo o de fácil realización. La esencia de la transacción es que las partes renuncian, sea de manera total o parcial, a sus pretensiones iniciales haciéndose mutuas concesiones. De esta manera, los sujetos de la obligación ceden en sus aspiraciones primitivas y es justamente al ceder (al desprenderse de sus pretensiones iniciales, trastocan el resultado de la relación jurídica) que afectan sus intereses. Estos intereses solo pueden ser del orden patrimonial, dado que el sujeto no puede renunciar a sus derechos personales por las características intrínsecas de los mismos ya estudiadas.

La concesión recíproca es la renuncia que hacen las partes de sus pretensiones a fin de finalizar un litigio pendiente o evitar uno eventual. Es la subordinación del interés propio al ajeno. "Cedo en la medida que lo ofrecido satisfaga mis intereses", esta es la característica propia de la transacción.

No se transige la relación o el bien en sí, sino acerca de la relación o del bien. Pero la relación que con ocasión de la transacción se va a establecer puede, a su vez, integrarse de distintos objetos que, como parte de este acto jurídico dependerá, entonces, de si la controversia es transigible o si los objetos que como parte de la transacción los sujetos se obligan a dar, hacer o no hacer pueden ser transables. En principio, y por disposición de la ley, no pueden ser materia de transacción los derechos personales que se encuentren sustraídos de la facultad de disposición, cosa distinta sucede con los derechos patrimoniales.

La transacción tiene un contenido esencialmente económico, y por ende obligacional, por lo que forma parte del Derecho Civil Patrimonial. Doctrinariamente, este tipo de derecho es susceptible de valorarse en dinero (directa o indirectamente), permitiendo el comercio jurídico, la enajenabilidad, la renuncia y la modificación por voluntad de su titular. Por

consiguiente, impera en gran parte la autonomía de la voluntad pudiendo ser objeto de transacción, arbitraje o modificación por acto jurídico, especialmente por contrato, de allí que se diga que son establecidos tomando en cuenta el interés del pretensor (ROJINA VILLEGAS). Las disposiciones que conforman el Derecho Civil Patrimonial son permisivas (muy excepcionalmente prohibitivas, imperativas), situación que no se da en el Derecho Civil Extrapatrimonial. En el Derecho de Familia, por ejemplo, solo existe libertad para celebrar los actos y contratos; una vez ejercitada tal libertad los efectos se rigen por la ley y no pueden ser variados *ab libitum*. Los derechos de la persona, los derivados de la familia y los de orden sucesoral están fuera del comercio jurídico y, consecuentemente, no pueden cederse, renunciarse, no cabe la transacción. En concreto, tenemos que los actos patrimoniales pueden dejarse sin efecto o modificarse libremente por los contratantes, lo que por regla general no es permitido en los derechos personales.

6. Derecho Comparado

El Código brasileño de 1916 señalaba en su artículo 1.035 que: "Só quanto a direitos patrimoniales de carácter privado se permite a transação", el Código vigente del año 2003 en su artículo 841 está redactado de manera similar. Por su parte, el Código de Portugal menciona que: "As partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor...", en el artículo 1249. El Código argentino en su capítulo denominado Transacción, artículo 1644, trata el tema considerando que: "No puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público ni sobre derechos irrenunciables. Tampoco puede ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquellos (...)".

El Código de Quintana Roo (Estado de México) considera que: "Cuando las partes están instruidas de la nulidad del título, o la disputa es sobre esa misma nulidad, pueden transigir válidamente, siempre que los derechos a que se refiere el título sean renunciables" (artículo 3143). El *Code* señala en su artículo 2045 que: "Para transigir se debe tener la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción".

El Código paraguayo señala en su artículo 1497 que: "No puede transigirse sobre las relaciones de familia, o que se refieran a los poderes o estado derivados de ellas ni sobre derechos o cosas que no pueden ser objeto de los contratos, o que interesen al orden público o las buenas costumbres".

De manera referencial o genérica tratan el tema los Códigos de Colombia, España y Uruguay.

DOCTRINA

APARICIO GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. Código Civil, Tomo XIII, Lima, Taller de Linotipia, 1943. CIFUENTES, Santos. Los derechos personalísimos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995. DINIZ, María Elena. Curso de Derecho Civil brasilero, vol. 1, 19ª edición actualizada, São Paulo, Saraiva, 2002. MAISH VON HUMBOLDT, Lucrecia. El Código Civil sumillado, 2da. Edición, Tipografía Sesator, Lima, 1982. FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones, 3ª edición, Lima, Grijley, 2000. GAMARRA PEREDA, Manuel. El Derecho de Obligaciones en el Código Civil peruano, 1 edición, Trujillo, Librería y editorial Bolivariana, 1969. MAZEAUD Henry, Jean y Leon. Derecho Civil (Obligaciones), tomo I, Traducción Luis Andorno, Buenos Aires, Zavalía editor, 1997. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Vol. 1: parte general, 39 edición, revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paolo, Saraiva, 2003. NERY, Rosa de Andrade. Noções preliminares de Direito Civil, São Paolo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. OSTERLING PARODI, Felipe con la colaboración de CARDENAS QUIROS, Carlos. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones), en: Código Civil. Exposición

de motivos y Comentarios: Compilación de Delia REVOREDO DE DEBAKEY, Tomo V, Lima, Talleres de Artes Gráficas de la Industria Avanzada, 1985. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, en: Para leer el Código Civil, Vol. XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Parte especial,, tomo VII, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 2000. SILVA ALONSO, Ramón. Derecho de las Obligaciones en el Código Civil paraguayo, 6ª edición actualizada, Asunción, Intercontinental editora, 2000. RODRÍGUEZ, Silvio. Direito Civil. Parte General, volumen 1, 32ª edición, São Paolo, Saravia, 2002. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil mexicano. Derecho de Familia. México. Edit. Antigua Librería Robredo. 1949. TEXEIRA DE FREITAS, Augusto. Código Civil, Esbôço, tomo 2, Ministerio da Justiça e Negocios Interiores, 1952. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Alvaro. Derecho Civil. Parte general y personas, 15ª edición actualizada, Colombia, Ed. Temis, tomo I, 2000. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, volumen 1, 2ª edición, São Paulo, Atlas, 2002.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Transacción no puede versar sobre derechos que no pueden ser apreciados o valorizados en dinero

A lo que se refiere el artículo 1305 del Código Civil, al indicar que no se puede transar sobre derechos extrapatrimoniales, es a todos aquellos derechos que no pueden ser apreciados o valorizados en dinero, por ello se dice que no se puede transar sobre derechos familiares, esto es, por ejemplo, nadie puede ser hijo o pariente de otro por transacción, tampoco se puede instituir heredero forzoso vía transacción, así como no se puede convalidar un matrimonio nulo por transacción, o tampoco se puede transar con alguien para que se deje inocular el virus del VIH{sic} ***(Cas. N° 1465-2007-Cajamarca. I Pleno Casatorio. Considerando** 71).*

CORTE SUPREMA

Transacción sobre el daño a derechos extrapatrimoniales

{El} proceso seguido (...) sobre indemnización de daños y perjuicios, ocurrido con ocasión del derrame de mercurio en el departamento de Cajamarca, la demandada (...) formuló –entre otros– la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de los demandantes mayores y menores de edad, señalando haber suscrito diversas transacciones extrajudiciales con el objeto de poner fin a cualquier conflicto que surja con respecto al derecho indemnizatorio que pudieran reclamar en el futuro, mediante las cuales se hizo entrega de diversas sumas de dinero (...). Los aspectos transados por las partes no versaron sobre el derecho a la salud, sino sobre los daños que se ocasionaron a la salud como consecuencia de la exposición y manipulación del mercurio que sufrieron los demandantes y sus menores hijos. Cuando se menciona que se indemniza un daño, lo que se está haciendo es patrimonializar el mismo, ya sea de naturaleza personal, material o moral, siendo que el artículo 1305 del Código Civil, al indicar que no se puede transar sobre derechos extrapatrimoniales, se refiere a todos aquellos derechos que no pueden ser apreciados o valorizados en dinero, pero no se ha transado sobre la salud en sí misma, porque las partes no han acordado que la una tenga el derecho de dañar a la otra, sino que se ha acordado en reparar ese daño causado a través de un monto dinerario. De lo expuesto, queda descartada toda vulneración a los artículos 5 y 1305 del Código Civil, y por ende, las transacciones celebradas tienen plena validez, pues no se advierte que la parte accionante haya renunciado a alguno de sus derechos fundamentales referidos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana ***(Cas. N° 2054-2007-Cajamarca).***

Transacción sobre responsabilidad civil

Artículo 1306.- ***Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito.***

Concordancias:
C.C. arts. 1302, 1303, 1304, 1305, 1307, 1308, 1309, 1310,1311.

Ever A. Medina Cabrejos

La "responsabilidad", desde un punto de vista general, viene a ser la "situación en la que se encuentra el sujeto expuesto a sufrir las consecuencias, para él desventajosas, previstas a su cargo por una norma jurídica, atendiendo a la verificación de algún presupuesto"[1].

De lo anterior es admisible colegir que, de un mismo comportamiento rechazado por el ordenamiento jurídico, fácilmente se pueden evidenciar distintas consecuencias perjudiciales para el agente que llegó a materializarlo, o lo que es lo igual, diferentes clases de responsabilidades. En ese sentido, se puede hablar, por ejemplo, de una responsabilidad de carácter "penal" si es que la conducta desplegada por el sujeto logra consumar un hecho delictivo (configuración de un tipo penal). Por otro lado, de esa misma conducta se podrá desprender también una responsabilidad de naturaleza "civil", pero ello dependerá de que la actividad puesta en marcha haya desembocado en el menoscabo de un interés jurídicamente relevante, esto es, en un daño o perjuicio.

De corroborarse un supuesto de responsabilidad penal, lo que corresponderá será la imposición de una pena a la persona que haya cometido el delito, la misma que se concretará en la privación de su libertad, la restricción de su libertad, la limitación de sus derechos o la imposición de alguna multa (artículo 28 del Código Penal). En cambio, si la responsabilidad que se constata es civil, lo que procederá será la generación de una relación obligatoria, en la que se colocará a la víctima del daño en polo activo (acreedor), mientras que al agresor (o algún tercero que resulte imputable por el mandato de una disposición normativa) en el polo pasivo (deudor), siendo la prestación, en la mayoría de casos, el pago de una suma de dinero representativa del valor económico del perjuicio producido (artículo 1969 del Código Civil).

Si bien ambas circunstancias (responsabilidad penal y responsabilidad civil) pueden coincidir por tener como base el mismo material fáctico, no nos parece conveniente afirmar la existencia de una "responsabilidad civil proveniente de delito", o al menos no en dichos términos, pues tal forma de responsabilidad (la civil) no depende de la presencia de un comportamiento delictivo, sino más bien de la verificación de los elementos que determinan su eficacia: daño, relación de causalidad y criterio de imputación Es por esta razón que no podemos compartir afirmaciones como las formuladas por Osterling Parodi y Castillo Freyre, en el sentido de que "[e]n la mayoría de delitos, ocurrirá que de ellos se derive cierta responsabilidad civil"[2]; por el contrario, preferimos alinearlos a la opinión esbozada por Llamas Pombo cuando refiere que "del delito no deriva ninguna suerte de responsabilidad civil, sino justa y solamente la penal. La obligación [resarcitoria] no deriva del delito, sino de los daños

(1) ROPPO, Vincenzo. "Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas". En: LEÓN, Leysser L. *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios.* Lima, Jurista Editores, 2007, p. 54.

(2) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las obligaciones.* Segunda edición. Palestra, Lima, 2014, p. 793.

causados por una conducta que (sea o no delito) reúne los requisitos de imputabilidad y causalidad que exige el ordenamiento civil"[3].

Por lo tanto, no es que la responsabilidad civil sea un correlato de la responsabilidad penal, no existe una necesaria relación de dependencia entre la primera y la segunda, ya que ambas tienen sus propios elementos, presupuestos y requisitos[4]. Este dato se ve corroborado de alguna manera con lo prescrito en el artículo 12.3 del Código Procesal Penal: "La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda". Esta disposición denota que, a pesar de no existir una condena penal para el imputado, sí es posible ordenarle el pago de un monto resarcitorio a favor de la víctima si es que se llega a verificar la gesta de perjuicios.

Es en este escenario en el que se puede recrear el contenido del artículo 1306 del Código Civil, disposición legal que posibilita la celebración de contratos[5] de transacción con el objetivo de evitar o zanjar los pleitos relativos a la responsabilidad de índole civil, incluso en aquellos casos en los que los mismos hechos permitan, a su vez, establecer una responsabilidad de tipo penal.

A decir verdad, el artículo bajo comentario bien pudo haber sido omitido por el legislador de 1984, dado que si no se lo consignaba en el plexo del Código Civil, igual la conclusión hubiese sido la aceptación de todas aquellas transacciones suscritas por los involucrados con el propósito de finiquitar los conflictos de responsabilidad civil surgidos o no en el marco de la comisión de un delito. Esto porque el artículo 1305 del Código Civil es sumamente claro cuando dispone que "solo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción", y, como se sabe, el fenómeno de la responsabilidad civil se traduce siempre en un vínculo obligatorio[6], el mismo que por esencia es de eminente contenido patrimonial[7], de ahí que pueda ser materia de transacción sin mayor inconveniente.

(3) LLAMAS POMBO, Eugenio. *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. La Ley, Madrid, 2010, p. 42.

(4) "Mientras que la responsabilidad penal no puede ser comprometida sino por ciertas culpas especialmente definidas por los textos legislativos, la responsabilidad civil se genera por toda clase de culpas, sin importar cuán leves sean ellas, y aun algunas veces sin que ninguna culpa se haya establecido en cabeza del 'responsable'. A la inversa, la existencia de un daño, en principio necesaria para el reconocimiento de una responsabilidad civil, no es siempre exigida para justificar una condena penal, pues existe una represión de la tentativa, en lo que concierne al menos a los delitos intencionales, y el no respeto de ciertas reglamentaciones (...) es sancionando penalmente aun si la infracción no ha causado ningún daño". En: VINEY, Geneviève. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*. Traducción de Fernando Montoya Mateus. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 147.

(5) Aceptan la naturaleza contractual de la transacción: ORTEGA PIANA, Marco Antonio. "El carácter parcial de las transacciones en las obligaciones solidarias. A propósito del caso Utopía". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 159, diciembre 2011, p. 75 y ss.; GABRIEL RIVERA, José Luis. "¿Vale más un mal arreglo que un buen juicio? Apuntes poco ortodoxos en torno al contrato de transacción, la responsabilidad contractual y la libertad de forma: a propósito de la Casación N° 2619-2014-Ica". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 207, diciembre 2015, pp. 96 y ss.; VÁSQUEZ REBAZA, Walter. "La transacción. Precisiones conceptuales en torno a su definición y principales aspectos fisiológicos". En: *Derecho de obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2016, pp. 273 y ss.

(6) Esto se confirma si se toma en cuenta que dentro del Libro VII del Código Civil dedicado a las "Fuentes de las obligaciones" se tiene en la Sección Sexta a la "Responsabilidad extracontractual".

(7) Como anota Gazzoni, un rasgo común a toda prestación, que integra la estructura de la obligación, se encuentra en la necesaria patrimonialidad que la debe caracterizar. En: GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. Sétima edición. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 535.

A la misma conclusión llegaba León Barandiarán[8] al comentar el artículo 1310[9] del Código Civil de 1936, de idéntica redacción que nuestro vigente artículo 1306, cuando lo relacionaba con el artículo 1315[10] de aquel cuerpo normativo, cuyos términos eran iguales a los de nuestro actual artículo 1305, pues en forma sintética mencionaba que el primero de los dispositivos (el 1310), a consecuencia de la existencia del segundo (el 1315), resultaba superfluo. Es más, apuntaba que la explicación de la inclusión del artículo 1310 en el Código de 1936 (artículo 1306 en el Código de 1984) se podía hallar en el hecho de destacar "la no posibilidad de transigir sobre la acción pública, penal, proveniente de delito, [ya que] lo que interesa al orden público queda fuera del ámbito de la transacción"[11].

Lo escrito por León Barandiarán resulta ser muy preciso, dado que, de acuerdo a nuestro sistema normativo, no todas las "acciones penales" se encuentran proscritas de ser solucionadas por vía de la transacción, sino únicamente aquellas que sean calificadas como "públicas", quedando a salvo, por lo tanto, las que resulten ser de "persecución privada". En efecto, el artículo 78.3 del Código Penal señala que en los casos en los que proceda la acción privada, esta se podrá extinguir cuando medie desistimiento o transacción. En tal sentido, se podrá evitar o culminar un proceso penal a través de la transacción siempre que la acción penal sea de carácter privado, esto es, de aquellos delitos en los que, para concretar una sanción, se necesite de la formulación de una querella por parte del agraviado, como en los supuestos relativos a los delitos contra el honor (injuria, calumnia o difamación).

Retomando el tema de la transacción sobre la responsabilidad civil cuando se presenta junto con la responsabilidad penal, se nos brinda una buena ocasión para analizar el artículo 14.1 del Código Procesal Penal. Este dispositivo va de la siguiente manera: "La acción civil derivada del hecho punible podrá ser objeto de transacción". Como se observa, su contenido es muy parecido al que yace en el artículo 1306 del Código Civil, empero, existe una sutil pero importante distinción: en el primer artículo (14.1 del Código Procesal Penal) se menciona la expresión "acción civil", mientras que en el segundo artículo (1306 del Código Civil) se utiliza la frase "responsabilidad civil". Aquí cabe cuestionarse: ¿"acción civil" y "responsabilidad civil" vienen a ser expresiones sinónimas?

De acuerdo al artículo 11.2 del Código Procesal Penal, el contenido de la llamada "acción civil" se encuentra en el artículo 93 del Código Penal, el cual recoge dos puntuales pretensiones: i) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y ii) la indemnización de los daños y perjuicios. A pesar de que ambos mecanismos de tutela (la restitutoria y la resarcitoria, respectivamente) se ubican en la misma disposición normativa (incluso bajo la denominación de "reparación civil"), lo cierto es que cada una tiene su propio campo de operatividad.

La denominada tutela restitutoria busca la restauración de aquello que un sujeto ha obtenido indebidamente de la esfera jurídica patrimonial de un tercero protegido, independientemente de la prueba de un perjuicio real y concreto, por lo que su objeto no está constituido por el daño, sino por el enriquecimiento injustificado que se logra ejercitar. Contrariamente, la tutela resarcitoria tiene como objetivo remover o eliminar la pérdida que una conducta ilícita

(8) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil. Las obligaciones*. Tomo III. Vol. II. WG Editor, Lima, 1992, p. 588.

(9) "**Artículo 1310 del Código Civil de 1936.-** Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito".

(10) "**Artículo 1315 del Código Civil de 1936.-** Solo los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción".

(11) LEÓN BARANDIARÁN, José. Ob. cit., p. 589.

ocasiona en el patrimonio o en los bienes de la personalidad de quien lo sufre, sin tomar en cuenta los beneficios que pudo adquirir el sujeto que lo ocasionó[12].

Entonces, determinada la distinta naturaleza de los remedios restitutorios y resarcitorios, pensamos que no existe ningún inconveniente (como así parece haberlo reconocido el Código Penal y el Código Procesal Penal) en que, en presencia de un conflicto de intereses en los que incidan los referidos mecanismos de tutela, se pueda llevar a cabo una transacción. En consecuencia, un acuerdo transaccional puede, además de culminar una controversia sobre el resarcimiento por el daño ocasionado, poner fin al problema de la restitución de los bienes (o el pago de su valor si media imposibilidad) que se vieron involucrados en la comisión de un delito, dado que, en ambos casos, lo que se genera en última instancia son relaciones de tipo obligatorias, las que, como ya tuvimos ocasión de mencionar con anterioridad, gozan del carácter patrimonial y, como tales, comprendidas dentro del artículo 1305 del Código Civil que regula las desavenencias jurídicas que pueden verse solventadas por medio de la transacción.

DOCTRINA

GABRIEL RIVERA, José Luis. "¿Vale más un mal arreglo que un buen juicio? Apuntes poco ortodoxos en torno al contrato de transacción, la responsabilidad contractual y la libertad de forma: a propósito de la Casación N° 2619-2014-Ica". En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 207, diciembre 2015; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato. Sétima edición. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Las obligaciones. Tomo III. Vol. II. WG Editor, Lima, 1992; LLAMAS POMBO, Eugenio. Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones. La Ley, Madrid, 2010; ORTEGA PIANA, Marco Antonio. "El carácter parcial de las transacciones en las obligaciones solidarias. A propósito del caso Utopía". En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 159, diciembre 2011; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las obligaciones. Segunda edición. Palestra, Lima, 2014; ROPPO, Vincenzo. "Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas". En: LEÓN, Leysser L. Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios. Lima, Jurista Editores, 2007; SIRENA, Pietro. "La restituzione dell'arricchimento e il risarcimiento del danno". En: Rivista di Diritto Civile. Año LV, N° 1, 2009; VÁSQUEZ REBAZA, Walter. "La transacción. Precisiones conceptuales en torno a su definición y principales aspectos fisiológicos". En: Derecho de obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2016; VINEY, Geneviève. Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad. Traducción de Fernando Montoya Mateus. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Transacción puede versar sobre daños dolosos

De acuerdo al artículo 1306 del Código Civil, se puede transar sobre responsabilidad civil proveniente de delito, es decir, se puede pactar sobre la reparación de un daño causado por un hecho doloso ***(Cas. N° 1465-2007-Cajamarca. I Pleno Casatorio. Considerando*** *70).*

Transacción sobre la responsabilidad civil que surge de los daños ocasionados en la comisión de un delito

La reparación civil que provenga del delito, por lo demás, puede ser objeto de transacción, conforme a lo taxativamente estipulado en el artículo 1306 del Código Civil; y, su concreción importa poner fin a un asunto dudoso o litigioso, evitando un proceso o finalizando el ya promovido (artículo 1302 del citado Código) ***(Cas. N° 695-2018-Lambayeque).***

(12) *Vid.* SIRENA, Pietro. "La restituzione dell'arricchimento e il risarcimiento del danno". En: *Rivista di Diritto Civile.* Año LV, N° 1, 2009, pp. 65-66.

Transacción de ausentes e incapaces

Artículo 1307.- ***Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.***

Concordancias:
C.C. arts. 448 inc. 3), 532 inc. 1), 568, 1651

MANUEL MURO ROJO

Este artículo regula un caso especial de transacción, que es aquella en la que por lo menos una de las partes está ausente, es incapaz o tiene capacidad de ejercicio restringida, pudiendo presentarse también el caso de que ambas partes estén en alguna de las condiciones antes indicadas. En cualquiera de estos supuestos, la norma del artículo 1307 dispone que la transacción se llevará a cabo a través de los representantes legales (o apoyos o salvaguardias) de los ausentes, incapaces o personas con capacidad de ejercicio restringida, pero con aprobación del juez y con opinión del Ministerio Público y del consejo de familia, si lo hay, y si el juez lo estima conveniente.

La norma tiene como antecedente el artículo 1312 del Código Civil de 1936 que regulaba la materia de modo similar, con la única diferencia de que, además de la opinión de los entes mencionados, el juez requería también la opinión o dictamen de dos letrados (léase abogados) y a falta de estos, de "personas de inteligencia y conocida probidad". Resulta plausible que la exigencia de los dos abogados y sus eventuales sustitutos haya sido eliminada del texto actual de la norma, pues basta la intervención del fiscal para salvaguardar el interés público que pudiera haber respecto del acto transaccional y la intervención del consejo de familia para cautelar el interés privado.

Cabe precisar, como acertadamente lo mencionan Osterling y Castillo (p. 573), que la disposición tiene finalidad proteccionista en beneficio de los ausentes, incapaces y de las personas con capacidad de ejercicio restringida, toda vez que la transacción conlleva realizar concesiones recíprocas que suponen la disposición de bienes y derechos, o que pueden implicar renuncias o disminución de derechos, por lo que resulta indispensable cautelar el interés de dichos sujetos mediante la exigencia imperativa a los representantes legales, apoyos o salvaguardias de obtener autorización del juez para poder transigir a nombre de aquellos.

León Barandiarán (p. 591), comentado el artículo 1312 del Código anterior, hace notar con acierto que la norma se refiere a los representantes en general, como igualmente lo hace el actual artículo 1307, de manera que en tal concepto están incluidos los padres, los tutores y los curadores, esto es, todos quienes ejercen la representación legal de los ausentes, incapaces o personas con capacidad de ejercicio restringida.

Dos cuestiones son importantes discutir en torno a esta disposición materia de comentario. La primera relativa a la oportunidad en que debe obtenerse la autorización judicial. Sobre este punto es pertinente aclarar que, de una lectura correcta de la norma, la transacción requiere la existencia previa de la aprobación judicial; es decir, no puede celebrarse el acto transaccional sin haber cumplido antes con este requisito, lo que supone que el representante legal, apoyo o salvaguardia debe haber seguido primero el respectivo proceso no contencioso en la vía judicial (ya que la norma dice "aprobación del juez"), para luego recién celebrar el acto de transacción. Es sobrentendido que en el trámite del proceso debe

someterse a consideración del juez el objeto de la transacción, con indicación expresa y detallada de los pactos y las concesiones recíprocas que eventualmente formarán parte de la misma, así como de todos los demás términos que el juez deberá valorar a fin de otorgar o no la aprobación para celebrar el referido acto.

Lo que queremos decir con esto es que de ninguna manera debe procederse inversamente, es decir, primero celebrar la transacción (lo que supone haber celebrado un acto aún ineficaz) y luego someter dicho acto a una suerte de homologación por parte del juez. Este aspecto es relevante para determinar el momento en que empiezan a regir los efectos del acto transaccional. Si se procede de esta forma –que a nuestro modo de ver no es la que indica el artículo 1307–, la aprobación del juez se retrotraería al momento en que la transacción fue celebrada, es decir, tendría efectos declarativos y retroactivos. En cambio, si primero se obtiene la aprobación y luego se celebra la transacción –que es el orden que establece el artículo 1307–, los efectos de la decisión judicial se dan para el futuro.

La segunda cuestión es referente a los alcances de la facultad discrecional del juez que subyace de la parte final del artículo comentado, al decir: "(...) y lo estime conveniente" (artículo 1307 *in fine*). Esta frase permite al juez decidir, sobre la base de su poder de discreción, si va a requerir o no otra opinión para otorgar o negar la aprobación de la transacción. Lo que no queda claro es si este poder de discreción comprende tanto al Ministerio Público como al consejo de familia, pues el texto de la norma dice: "(...) para este efecto [para la aprobación] oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y **lo estime conveniente**". ¿Quiere decir que solo cuando el juez lo estime conveniente pedirá la opinión del Ministerio Público? ¿O la frase mencionada se refiere solo a que cuando el juez lo estime conveniente oirá al consejo de familia, si lo hay? ¿Se refiere a ambos o solo al último? Desde el punto de vista semántico y debido a la ausencia de signos de puntuación [comas (,) u otros], la frase "y lo estime conveniente" involucra a los dos; empero, a nuestro modo de ver, el Ministerio Público debería intervenir siempre, ya que, tomando en consideración las implicancias de la transacción, así se cautelarían mejor los intereses y los derechos de los ausentes e incapaces.

DOCTRINA

LEON BARANDIARAN, José. Tratado de Derecho Civil, T. III, Vol. II. W.G. Editor, Lima 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XVI, Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Transacciones de ausentes e incapaces deben ser autorizadas por el juez

Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley ***(Cas. Nº 1465-2007-Cajamarca. I Pleno Casatorio. Doctrina jurisprudencial 1).***

Aprobación judicial respecto de transacción de ausentes e incapaces puede ser posterior

El artículo 1307 del Código Civil preceptúa que los representantes de ausentes o incapaces deben contar con la aprobación del juez, no indicando si esta debe ser anterior o posterior a la celebración de la transacción. En esta norma no se menciona que la aprobación del juez debe ser necesariamente anterior a su celebración, con lo cual se concluye que ella puede ser posterior a su realización ***(Cas. Nº 1465-2007-Cajamarca. I Pleno Casatorio. Considerando 80).***

CORTE SUPREMA

Autorización judicial para realizar mutuos en representación

{E}l artículo 1651 estatuye que los representantes de incapaces o ausentes para celebrar mutuo en representación de las personas cuyos bienes administran deben observar lo dispuesto en el artículo 1307 del Código Civil es decir se requiere además la aprobación del juez de lo que se desprende la tramitación de dos solicitudes: de un lado la de autorización para transigir y del otro la aprobación de la transacción. Examinada la resolución impugnada es de verse que según lo establecido por la Sala Superior en la solicitud de autorización judicial planteada por los demandantes no concurren los presupuestos de procedencia exigidos al no acreditar los recurrentes las causas justificadas por necesidad o utilidad para transigir o disponer de los bienes de sus menores hijos al no haber los padres solicitantes de la autorización justificado en ningún momento y de manera lógica y consecuente la necesidad y utilidad que sirve de sustento a su pretensión (Cas. N° 1038-2011-Cajamarca).

Autorización judicial para la transacción sobre derechos de menores

Del análisis de los artículo 448 inciso 3, 449 y 1307 del Código sustantivo se colige que los mismos exigen a los padres autorización judicial para transigir en representación de sus hijos menores, correspondiendo al juez aprobar la misma para cuyo efecto debe oír al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y estime conveniente, agregando asimismo que corresponde oír al menor que tuviese dieciséis años cumplidos; supuestos que en el caso que nos ocupan han sido cumplidos, toda vez que la solicitud de autorización judicial ha sido presentada ante la autoridad jurisdiccional respectiva en consideración a la naturaleza de la petición planteada, dándose el trámite previsto al respecto por la ley (Cas. N° 4947-2009-Cajamarca).

Transacción de obligación nula o anulable

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.***

Concordancias:
C.C. arts. 219, 221, 230, 231, 232, 1286

RÓMULO MORALES HERVIAS

La transacción es el contrato por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, ponen fin a una controversia ya comenzada o prevén la solución a una controversia que puede surgir entre ellas. El acuerdo de transacción consiste en poner fin o en prevenir controversias, haciendo que las partes modifiquen en todo o en parte sus pretensiones a cambio de recíprocas concesiones.

El último párrafo del artículo 1302 del Código Civil establece que la "transacción tiene el valor de cosa juzgada".

El legislador peruano optó por esta solución por la siguiente razón, como lo explica el profesor Manuel de la Puente y Lavalle[1]:

> "La razón por la que no cabe la lesión en la transacción está en que por esta las partes se hacen concesiones recíprocas y la operación tiene valor de cosa juzgada, según lo establece el artículo 1302".

El legislador peruano otorga al contrato de transacción el carácter de cosa juzgada, el cual es el valor que se asigna a una sentencia, la cual la hace firme e inmodificable.

La doctrina[2] considera que la ley[3] se preocupa de precisar que es del todo irrelevante recurrir al remedio de la rescisión por lesión en materia de transacción. La transacción quiere evitar aclarar la situación jurídica controvertida y para valorar la lesión será necesario aclararla, por eso es inimpugnable la transacción por lesión[4].

Aparentemente, la transacción tiene los efectos de una "cosa juzgada" y, por consiguiente, no puede ser impugnada por lesión conforme lo establece textualmente el numeral 1 del artículo 1455[5] del Código Civil.

(1) *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Fuentes de las Obligaciones*, VI. Compilación de Delia REVOREDO DE DEBAKEY, Okura, Lima, 1986, p. 124.

(2) PALAZZO, Antonio, "La transazione", en *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Pietro Rescigno, Tomo XIII, Volume 5, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1995, pp. 345-346. BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Diritto Civile, Obbligazioni e contratti*, Ristampa, Volume 3, Utet-Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1996, p. 513.

(3) "Artículo 1970 del Código Civil italiano de 1942. Lesión.- La transacción no puede ser impugnada por causa de lesión".

(4) BONILINI, Giovanni. "Contratti diretti alla composizione e prevenzione delle liti", en *Istituzioni di Diritto Privato*, a cura di Mario Bessone, Terza Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996, p. 887.

(5) "Artículo 1455.- No procede la acción por lesión:
1. En la transacción".

También son irrelevantes en la transacción los errores de derecho[6]. "En efecto, el logro del resultado previsto en el esquema legal podría ser algo precario desde el origen si no pudiera ser sometido a discusión en lo que hace al derecho. De ahí se deriva la exigencia, para salvar el equilibrio de intereses alcanzado de hecho (y con frecuencia arduamente), de prescindir del conocimiento preciso del fundamento jurídico de las pretensiones singulares"[7].

No obstante, esta "inimpugnabilidad de la transacción" es inaplicable en otras situaciones porque caben supuestos en que la transacción puede ser declarada nula, anulable y resoluble.

La transacción es nula si se transige sobre cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, que se basen en materias sobre las que no existe libre disposición, conforme al ordenamiento jurídico[8].

Asimismo, la transacción es nula cuando es relativa a un contrato ilícito, aun cuando las partes hayan tratado de la nulidad del mismo[9].

Por otro lado, cabe error de hecho en los contratos de transacción en algunas hipótesis "en que la parte desconoce ciertos datos que tienen la naturaleza de eliminar toda duda por la absoluta falta de fundamento de las pretensiones"[10]:

a) Es anulable la transacción cuando esta se refiere a un título nulo y la parte ignora la causa de su nulidad[11].

b) Es anulable la transacción si hubo temeridad de la pretensión[12]. Aquí se alude al concepto procesal de *litis* temeraria, de manera que se considera temeraria la pretensión sostenida con mala fe o culpa grave, es decir, se exige la conciencia de la temeridad de la propia pretensión[13]. Dicha temeridad, según la jurisprudencia comparada[14], subsiste en caso de que una de las partes tenga conocimiento de la absoluta falta de fundamento de su propia pretensión, no siendo suficiente la ignorancia inexcusable.

(6) "Artículo 1969 del Código Civil italiano de 1942. Error de derecho.- La transacción no puede ser llevada por error de derecho relativo a las cuestiones que han sido objeto de controversia entre las partes".

(7) BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *Derecho Civil, hechos y actos jurídicos*, reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando HINESTROSA de la obra *Diritto Civile*, Tomo I, Volumen 2, editado por Utet-Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 827.

(8) Segundo párrafo del artículo 1966 del Código Civil italiano de 1942. Capacidad de transigir y disponibilidad de los derechos.- "La transacción es nula si tales derechos, por su naturaleza o por expresa disposición de ley, están sustraídos a la disponibilidad de las partes".

(9) Primer párrafo del artículo 1972 del Código Civil italiano de 1942. Transacción sobre un título nulo.- "Es nula la transacción relativa a un contrato ilícito, aun cuando las partes hayan tratado de la nulidad de este".

(10) BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *Diritto Civile, Obbligazioni e contratti*. Ob. cit., pp. 511-512.

(11) Segundo párrafo del artículo 1972 del Código Civil italiano de 1942. Transacción sobre un título nulo.- "En los otros casos en los que la transacción se ha hecho en relación a título nulo, la anulación de la misma puede pedirse solo por la parte que ignoraba la causa de nulidad del título".

(12) "Artículo 1971 del Código Civil italiano de 1942. Transacción sobre pretensión temeraria.- Si una de las partes era conocedora de la temeridad de su pretensión, la otra puede pedir la anulación de la transacción".

(13) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Sentís Melendo, Tomo VI: Relaciones obligatorias singulares, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 212.

(14) BIANCA, Massimo, PATTI, Guido y PATTI, Salvatore. *Lessico di Diritto Civile, Lessici di Diritto*, Terza edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 748.

c) La transacción es anulable cuando se produce un sucesivo reconocimiento de la falsedad de documentos, en todo o en parte, que fueron la base de la transacción[15]. Esta hipótesis se relaciona con el descubrimiento sucesivo[16] de documentos verídicos relativos a un negocio determinado y sobre tal base es posible probar que una de las partes no tenía ningún derecho. Esta hipótesis no se aplicará si hubo intencionalmente un ocultamiento de documentos[17].

d) La transacción es anulable cuando está referida a una *litis* de la cual hay una decisión judicial con calidad de cosa juzgada y las partes o una de ellas no tenían conocimiento de tal decisión[18].

Otro tema que tiene que ver con la ineficacia de la transacción es la teoría de la presuposición. En la doctrina y jurisprudencia comparadas, hay un caso interesante[19]. El caso se refiere a un acuerdo de transacción relativo a la recíproca extensión de dos inmuebles vecinos, que se celebró sobre la base de un presupuesto común que sobre el terreno en disputa era posible la construcción de un camino por parte de la municipalidad, hecho previsto por ambas partes como indispensable para las exigencias productivas de los inmuebles. Se declaró judicialmente ineficaz la transacción por la falta de construcción del camino. En efecto, la transacción se basa en la común presuposición de algunas circunstancias de hecho sobre las cuales se fundamenta el cálculo inicial de utilidades económicas, considerando costos y beneficios presentes y también futuros, que han inducido a las partes a hacerse recíprocas concesiones. Si la común presuposición no se concreta en la realidad, la operación económica acordada se volverá inviable económicamente.

Por último, cabe la resolución de la transacción por incumplimiento[20] conforme lo normado en el artículo 1428[21] del Código Civil.

(15) "Artículo 1973 del Código Civil italiano de 1942. Anulabilidad por falsedad de documentos.- Es anulable la transacción hecha, en todo o en parte, sobre la base de documentos que posteriormente han sido reconocidos como falsos".

(16) Segundo párrafo del artículo 1975 del Código Civil italiano de 1942. Anulabilidad por descubrimiento de documentos.- "La transacción es anulable cuando no se refiere más que a un negocio determinado y posteriormente se prueba mediante documentos descubiertos que una de las partes no tenía ningún derecho".

(17) Primer párrafo del artículo 1975 del Código Civil italiano de 1942. Anulabilidad por descubrimiento de documentos.- "La transacción que las partes han concluido de manera general sobre todos los negocios que pudieran existir entre ellas no puede impugnarse por el hecho de que posteriormente una de ellas tenga conocimiento de documentos que le eran desconocidos al tiempo de la transacción, salvo que estos hayan sido ocultados por la otra parte".

(18) Artículo 1974 del Código Civil italiano de 1942. Anulabilidad por cosa juzgada.- "Es también anulable la transacción hecha sobre litis ya decidida por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, de la cual las partes o una de ellas no tenían conocimiento".

(19) Tribunal de Como, 5 de julio de 1973, en Giurisprudenza italiana, 1974, I, pp. 234 ss, con nota de Montecucchi, "Caducità" della transazione e teoria della presupposizione, citados en BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Diritto Civile, Obbligazioni e contratti*. Ob. cit., p. 512.

(20) "Artículo 1976 del Código Civil italiano de 1942. Resolución de la transacción por incumplimiento.- La resolución de la transacción por incumplimiento no se puede pedir si la relación preexistente se ha extinguido por novación, salvo que el derecho a la resolución se haya estipulado expresamente".

(21) "Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.
A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación".

De esta manera, hemos revisado brevemente algunos supuestos que la doctrina admite en materia de invalidez y de ineficacia en sentido estricto de la transacción. Ahora bien, será indispensable expresar algunas ideas sobre el texto bajo comentario. Para ello analizaremos la norma en dos partes.

La primera parte regla la nulidad de la transacción y la segunda parte norma la anulabilidad.

Dice la norma que si "la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad". Es erróneo aplicar la sanción de nulidad a un efecto del contrato. La nulidad es por excelencia una sanción de ineficacia estructural que se aplica al contrato en el momento de su celebración y por un defecto intrínseco[22]. Pensamos que el legislador confundió las categorías de contrato y de obligación, y por ello yuxtapuso la invalidez con la ineficacia en sentido estricto[23]. No creemos que la intención del legislador haya sido incorporar la "teoría de la nulidad sobrevenida"[24].

De este modo, nos inclinamos a pensar que el legislador quiso aplicar la nulidad a aquellas transacciones en que las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, se fundamentaban en materias indisponibles según lo dispuesto por nuestro sistema jurídico.

En la segunda parte se expresa algo evidente en materia de anulabilidad. Es decir, si las partes conocieron el vicio del contrato de transacción, el contrato no será anulable. La existencia de un vicio en el consentimiento presupone que la parte afectada no conocía de estos vicios. Por eso, la conocibilidad es exigible en la parte que realiza el vicio y no en la parte perjudicada. Por eso, "la anulabilidad garantiza el control 'de la correspondencia entre el interés real y el interés regulado', concediendo la posibilidad de verificar el 'procedimiento de la formación del acto'"[25]. Si hay compatibilidad entre el interés real y el interés regulado por la conocibilidad del vicio, es lógico suponer que no debe aplicarse la anulabilidad. Justamente, la anulabilidad es una sanción que tutela el interés de una de las partes a diferencia de la nulidad que es una sanción que protege intereses de la colectividad.

DOCTRINA

PALAZZO, Antonio. La transazione. En Trattato di Diritto Privato, diretto da Pietro Rescigno, Tomo XIII, Volume 5, Utet, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1995; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. Diritto Civile, Obbligazioni e Contratti. Ristampa, Volume 3, Utet, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1996; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. Derecho Civil, hechos y actos jurídicos. Reimpresión

(22) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002, p. 308: "Un negocio jurídico inválido es, pues, aquel que tiene un defecto en su estructura desde el momento mismo de su formación o celebración".

(23) Esto se corrobora en la Exposición de Motivos: OSTERLING PARODI, Felipe. *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las obligaciones)*, compilación a cargo de Delia REVOREDO DE DEBAKEY, Tomo V, Lima, 1985, p. 436: "Es la obligación dudosa o litigiosa que adolece de nulidad la que invalida la transacción, porque en tal caso no se estaría extinguiendo obligación alguna. Y si se trata de una obligación simplemente anulable; la transacción, con conocimiento del vicio por las partes que transigen, equivale a su confirmación". También: OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Volumen XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 583: "Entonces, están excluidas de la transacción las obligaciones que adolezcan de nulidad absoluta y las obligaciones anulables que han sido declaradas nulas".

(24) DONISI, Carmine. "In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXI, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1967, pp. 755-824.

(25) FRANZONI, Massimo, "Il contratto annullabile", en *Il contratto in generale, Trattato di Diritto Privato* diretto da Mario Bessone, Tomo VII, Volume XIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 166.

de la primera edición, traducción de Fernando Hinestrosa de la obra Diritto Civile, Tomo I, Volumen 2, editado por Utet, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995; BONILINI, Giovanni. Contratti diretti alla composizione e prevenzione delle liti. En Istituzioni di Diritto Privato, a cura di Mario Bessone, Terza Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción de Sentís Melendo, Tomo VI: Relaciones obligatorias singulares. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955; BIANCA, Massimo; PATTI, Guido y PATTI, Salvatore. Lessico di Diritto Civile, Lessici di Diritto, Terza edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2001; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Editora Jurídica Grijley. E.I.R.L. Lima, 2002; OSTERLING PARODI, Felipe. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones), compilación a cargo de Delia REVOREDO DE DEBAKEY, Tomo V, Lima, 1985; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Volumen XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; DONISI, Carmine. In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico. En Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno XXI, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1967; FRANZONI, Massimo. Il contratto annullabile. En Il contratto in generale, Trattato di Diritto Privato, diretto da Mario Bessone, Tomo VII, Volume XIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Se impugna una transacción homologada con la pretensión de nulidad de cosa juzgada fraudulenta

{L}a controversia radica en que la sucesión (...) pretende que se declare la nulidad de la transacción extrajudicial (...) homologada por el juez, en el marco de un proceso de división y partición de bienes, celebrada entre la apoderada del causante (...) con los demandados (...); en ese sentido, se debe tener en cuenta el marco jurídico señalado precedentemente, con lo cual se colige que la pretensión sub litis se encuentra en los supuestos para ser impugnado bajo los alcances de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta ***(Cas. N° 3435-2009-Arequipa).***

No media impedimento alguno para invalidar una transacción extrajudicial

No existe impedimento procesal para cuestionar una transacción extrajudicial en vía de acción, como lo ha propuesto la entidad demandante, si a ello se agrega que la transacción materia de autos contiene un acto jurídico, que conforme al ordenamiento civil, puede deducirse perfectamente su nulidad si se halla afecto de las motivaciones que dicho ordenamiento prevé. En todo caso, dependerá de las pruebas actuadas y de los hechos aportados al proceso su declaración positiva o negativa ***(Cas. N° 667-2003-Lima).***

Transacción sobre nulidad o anulabilidad de obligación sujeta a litigio

Artículo 1309.- ***Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida.***

Concordancias:
C.C. arts. 219, 221

RÓMULO MORALES HERVIAS

El comentario de este artículo lo efectuaremos en dos partes. Una referida a la nulidad y la otra a la anulabilidad. En ambas partes nos referiremos a la nulidad o anulabilidad del contrato y no de la obligación. Como ya lo hemos expresado, el legislador[1] no ha incorporado la "teoría de la nulidad sobrevenida" en el sistema del Código Civil, por lo que es coherente referirse al contrato y no a un tipo de efecto del mismo salvo que admitamos el dilema del huevo y la gallina[2].

En cuanto a la nulidad, el legislador ha confundido el efecto aparente de la "cosa juzgada" referida a la transacción con las causales de ineficacia en general. Un contrato ilícito no puede convalidarse con una transacción por más que el Código Civil le otorgue erróneamente el valor de "cosa juzgada" como lo describimos al comentar el artículo 1309 del Código Civil.

En efecto, el último párrafo del artículo 1302 del Código Civil es inaplicable cuando existen supuestos de nulidad, anulabilidad y resolución.

Entonces, el "valor de cosa juzgada" es una sola petición de principio, pero inútil cuando estemos en supuestos de nulidad, anulabilidad y resolución.

El hecho de que las partes hayan manifestado expresamente que la cuestión dudosa o litigiosa trataba de la nulidad, no convierte al contrato de transacción en válido. La doctrina y legislación comparadas nos informan que por más que las partes conocieron la nulidad del contrato, la transacción es nula[3].

---

(1) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de las Obligaciones*, Volumen XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 590: "(...) 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".

(2) MORALES HERVIAS, Rómulo. "Objeto y tipo en las teorías del negocio jurídico y del contrato, a propósito de la reforma del Código Civil", en *Advocatus*, nueva época, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003, p. 238:
"La estructura del negocio jurídico y del contrato es parte de la teoría estática de los hechos jurídicos y la función es parte de la teoría dinámica de las situaciones jurídicas subjetivas. Ambos planos se dan de manera sucesiva. En primer lugar se forma el negocio jurídico y el contrato con sus elementos y requisitos. En segundo lugar se producen los efectos jurídicos. Estos no pueden formar parte de la estructura a no ser que pensemos que las cosas se dan al revés. Estas afirmaciones que son tan obvias no lo han sido para el legislador latinoamericano cuando regula primero a las obligaciones y luego a las fuentes de las obligaciones. Nuestro Código Civil incurre en el mismo error al ordenar los Libros VI (Obligaciones) y VII (Fuentes de las Obligaciones) como si las obligaciones existieran jurídicamente antes que el contrato. Entramos en el clásico dilema del huevo y la gallina. La "tradición jurídica" dice que la gallina (la obligación) nace antes que el huevo (contrato) salvo que se diga que el huevo deja de ser tal y se convierta en gallina y a su vez la gallina producirá nuevos huevos. Si es así entraríamos en el mundo al revés".

(3) Primer párrafo del artículo 1972 del Código Civil italiano de 1942. Transacción sobre un título nulo.- "Es nula la transacción relativa a un contrato ilícito, aun cuando las partes hayan tratado de la nulidad de este".

Por el contrario, la anulabilidad en la transacción funciona de manera diferente[4]:

a) No es anulable la transacción cuando la transacción se refiere a un título nulo y la parte conocía la causa de su nulidad[5].

b) La transacción no es anulable cuando, posteriormente, una de las partes conoce de documentos que le eran desconocidos al tiempo de la transacción y no hubo ocultamiento de los mismos[6].

c) La transacción no es anulable cuando la cuestión litigiosa está referida a una litis de la cual hay una decisión judicial con calidad de cosa juzgada y las partes o una de ellas tenían conocimiento de tal decisión[7].

DOCTRINA

MORALES HERVIAS, Rómulo. Objeto y tipo en las teorías del negocio jurídico y del contrato. A propósito de la reforma del Código Civil. En: Advocatus, nueva época, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Volumen XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; PALAZZO, Antonio. La transazione. En Trattato di Diritto Privato, diretto da Pietro Rescigno, Tomo XIII, Volume 5, Utet, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1995.

(4) PALAZZO, Antonio. "La transazione", en *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Pietro Rescigno, Tomo XIII, Volume 5, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1995, pp. 336-340.

(5) Segundo párrafo del artículo 1972 del Código Civil italiano de 1942. Transacción sobre un título nulo.- "En los otros casos en los que la transacción se ha hecho en relación a título nulo, la anulación de la misma puede pedirse solo por la parte que ignoraba la causa de nulidad del título".

(6) Primer párrafo del artículo 1975 del Código Civil italiano de 1942. Anulabilidad por descubrimiento de documentos.- "La transacción que las partes han concluido de manera general sobre todos los negocios que pudieran existir entre ellas no puede impugnarse por el hecho de que posteriormente una de ellas tenga conocimiento de documentos que le eran desconocidos al tiempo de la transacción, salvo que estos hayan sido ocultados por la otra parte".

(7) "Artículo 1974 del Código Civil italiano de 1942. Anulabilidad por cosa juzgada.- Es también anulable la transacción hecha sobre litis ya decidida por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, de la cual las partes o una de ellas no tenían conocimiento".

Indivisibilidad de la transacción

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.

Concordancias:
C.C. arts. 219, 221, 224, 1175, 1287

FEDERICO MESINAS MONTERO

1. La transacción indivisible

Una de las características legales más relevantes de la transacción es su indivisibilidad, por lo cual la nulidad de una de sus cláusulas produce la nulidad de todo el contrato (o convenio, para los que no admitan la naturaleza contractual de la transacción). O sea, "aunque la transacción contenga disposiciones separables e independientes, basta que una sola de ellas sea nula, para que la transacción quede invalidada en su totalidad" (MOISSET DE ESPANÉS).

El supuesto es una clara excepción a la regla general del artículo 224 del Código Civil, por la cual la nulidad de una o más disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. La ley deja de lado esta regla en la transacción, "ya que presupone que la concesión de cada parte se halla absolutamente dependiente de la concesión hecha por la contraria, de modo que no podría anularse una de esas concesiones dejando subsistentes las otras, que posiblemente se prestaron a cambio de la anulada, sin perjudicar el conjunto de la voluntad intercambiada" (ALTERINI).

Las concesiones recíprocas justifican así la indivisibilidad de la transacción. Es decir, si mediante este acto se extingue un asunto dudoso o litigioso, cediendo cada parte en algo, la anulación de una cláusula puede significar la eliminación de una concesión que, aunque mínima, pudo ser fundamental para la configuración del convenio, desnaturalizándolo. En opinión de Osterling y Castillo Freyre, "de aceptarse el principio general del artículo 224 del Código Civil, podría pensarse la situación de que una cláusula resulte nula o se anulase, y que justamente a través de esa cláusula una de las partes hiciera concesiones a la otra. Si se 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'".

La regla de la indivisibilidad de la transacción, sin embargo, no es admitida pacíficamente en la doctrina. En ocasiones, incluso se la admite pero no en términos absolutos. En adelante revisaremos estos cuestionamientos y verificaremos qué tan atendibles son. Luego, muy brevemente, abordaremos el tema de las garantías ofrecidas y su restablecimiento tras la nulidad de la transacción.

2. Cuestionamiento a la indivisibilidad

Para Borda, la regla de la indivisibilidad es adecuada "porque en la transacción cada una de las cláusulas está ensamblada con las otras; se da esto porque se recibe de aquello. Se ha dado el consentimiento para el conjunto, el todo, y no para cada parte aislada". Pero cabe preguntarse: ¿acaso no sucede lo mismo en todos los convenios o contratos?

Parte de la doctrina comparada cuestiona que a la transacción se le otorgue (expresamente) carácter indivisible, porque esta sería una atribución que corresponde a todos los actos jurídicos. Así, para Lafaille, "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 aquellas quedarían mutiladas si se admitiera la anulación de algunas de esas cláusulas y la subsistencia de las otras; el consentimiento se ha prestado en consideración a todas". En sentido parecido se pronuncia Colmo: "este carácter (la indivisibilidad) no es propiamente específico (de la transacción), pues cualquier contrato y convención se halla en igual caso" (aunque este autor modera luego su noción de "indivibilidad", al admitir la posibilidad de que se separen de la transacción las cláusulas "perfectamente secundarias y separables").

¿Puede hablarse, entonces, de una regla general de indivisibilidad aplicable a todos los actos jurídicos? Pensamos que no, porque la indivisibilidad nunca se da en términos absolutos. Es decir, si bien todo acto o contrato contiene aspectos "indivisibles", sin los cuales el negocio pierde sentido para las partes, en ocasiones también cuenta con disposiciones que pueden (o deberían poder) separarse sin producir nulidad alguna.

El análisis que efectúa Lohmann Luca de Tena sobre los alcances de la regla del artículo 224 del Código Civil es clarificador al respecto. Cita el simple caso de un contrato de mutuo celebrado por escrito, en garantía del cual se pacta la hipoteca de un inmueble del deudor, que no consta en escritura pública. El mutuo puede subsistir, pero no la hipoteca, salvo que la garantía real haya sido razón determinante para la concesión del crédito, en cuyo caso todo el negocio será nulo (para lo cual, por cierto, debe asumirse que la falta de escritura pública anula la hipoteca, lo que es cuestionable al no constar sanción expresa de nulidad en el Código Civil).

En otras palabras, la separabilidad debe verse caso por caso, dependiendo de la voluntad de las partes, de lo pretendido con en el negocio. Como lo dice el autor citado, "se trata de que el negocio produzca todas las consecuencias que corresponden al intento práctico de los agentes". He aquí lo indivisible; lo demás puede separarse. En suma, si se demuestra que la voluntad era determinante respecto de alguna disposición contractual, ya no puede entenderse esta como "separable", aun cuando fuere objetivamente accesoria.

¿Cómo se determina la separabilidad de una cláusula negocial? En primer lugar, cabe aclarar que el análisis de separabilidad no es totalmente objetivo. Es decir, no porque una cláusula sea objetivamente excluible debe ser considerada separable, pues puede constituir una regulación determinante en el esquema negocial, en consideración a las respectivas voluntades de las partes (o voluntad conjunta). Por tanto, debe descubrirse la voluntad negocial y, en esa línea, "el juez ha de indagar si el agente habría celebrado el negocio de todas maneras sin la parte afectada de nulidad en su contenido (...) ha de averiguarse si el negocio conserva utilidad para el declarante" (LOHMANN LUCA DE TENA).

La ausencia de objetividad absoluta, por cierto, tampoco supone que deba apelarse a la mera subjetividad para verificar si una disposición es separable o no, pues no siempre es factible encontrar la real intención de los agentes, los aspectos subjetivos que los llevaron a contratar. En ese sentido, y en el caso específico de los negocios bilaterales, Trimarchi (citado por LOHMANN) observa que "no se trata de reconstruir una voluntad efectiva de las partes, sino de encontrar a dicha voluntad un valor jurídico que realice los intereses de las partes de manera objetivamente justa y conforme, en la medida de lo posible, con el equilibrio de las prestaciones". Es decir, debe encontrarse la "voluntad" que se desprende

del contexto, los términos y la finalidad económica del negocio celebrado. Luego será posible constatar si un aspecto particular es separable sin afectar al todo.

Entendido, entonces, que los actos jurídicos son divisibles en los términos expresados, conviene preguntarse nuevamente por qué con la transacción sucede algo diferente, a qué responde la necesidad de su indivisibilidad.

En nuestra opinión, y tal como lo mencionaron los autores citados en el punto anterior, las concesiones recíprocas justifican *a priori* la regla de la indivisibilidad, pues normalmente convierten en fundamental cualquier parte de la transacción, ya que hasta el más insignificante aspecto puede constituir una concesión. Esto crea una absoluta interdependencia entre las cláusulas negociales, de modo que la nulidad de una arrastra a las demás.

Lo dicho de ningún modo significa que en el común de negocios bilaterales no exista también interdependencia entre sus diversas cláusulas. Sin embargo, dada la particular naturaleza del objeto del acuerdo de transacción, esto es, la dilucidación de un asunto dudoso o litigioso que en muchos casos encierra conflicto, normalmente cada aspecto del acuerdo –por más mínimo que fuere– resulta determinante y, por ende, difícilmente separable; lo que no siempre sucede con el común de los actos jurídicos, que perfectamente pueden conservarse aun en ausencia de ciertas cláusulas, como en el caso del mutuo con garantía hipotecaria citado por Lohmann.

Pensemos, por ejemplo, en un contrato común de donación con cargo. La nulidad del cargo, por supuesto, no generará la nulidad del contrato. Pero si la misma donación es consecuencia de un acuerdo transaccional, es probable que el cargo pactado sea fundamental en el esquema fijado por las partes como concesión y, por tanto, su nulidad debe arrastrar a todo el negocio. De ahí la justificación de regla de la indivisibilidad.

3. ¿Indivisibilidad absoluta?

Un último cuestionamiento surge, no obstante se admita la pertinencia de la regla de la indivisibilidad de la transacción. Se pregunta si su aplicación debe darse también en términos absolutos, vale decir, si siempre que sea nula la más insignificante disposición deba anularse también todo el acuerdo ¿No pueden darse ciertos supuestos en los que, dada la despreciable relevancia de una cláusula, pueda esta eliminarse sin perjudicar el conjunto de la transacción?

Sobre el tema, Salvat entiende que el principio de la indivisibilidad está fundado en una presunción de voluntad de la partes, y por ello la transacción debe considerarse divisible, admitiéndose la validez parcial de ella cuando se demuestre de modo cierto y completo que la voluntad de las partes fue en ese sentido. En esa misma línea, Colmo distingue entre cláusulas importantes y cláusulas secundarias y separables, de modo que "cuando se trate de una cláusula importante, diré así –y ello es asunto de circunstancias y de prueba– (...) la transacción se anulará del todo. [Pero] cuando se trate de una cláusula perfectamente secundaria y separable, la anulación de la misma no tiene por qué acarrear la nulidad de lo principal y del conjunto".

Por su parte, y aun cuando defiende una regla general de indivisibilidad, Lafaille admite que, sin afectar al resto del negocio, puede anularse la cláusula transaccional que signifique un simple detalle.

En Argentina, cuya legislación reconoce la indivisibilidad de la transacción, la jurisprudencia terminó por establecer la divisibilidad de la transacción en los casos en que lo anulable versa sobre elementos que solo condicionan el acto jurídico, pero sin influir en su sustancia (ALTERINI).

A nuestro parecer, aun si no mediara pacto, deben admitirse ciertos supuestos en los que la nulidad de una cláusula no perjudique toda la transacción. Es decir, no obstante que el artículo 1310 fija la indivisibilidad de la transacción, regla adecuada porque responde a la naturaleza de este tipo de negocio, nos parece que cabe separar aquellos dispositivos que escapen del marco de las concesiones recíprocas, esto es, acuerdos que no respondan a la razón determinante del negocio y que normalmente serán disposiciones de mínima relevancia.

Como ya se dijo, dada la naturaleza de la transacción, es difícil que puedan encontrarse disposiciones separables, que no se reconduzcan por las concesiones recíprocas; pero cabe esa posibilidad. Las disposiciones que constituyen un simple detalle, como lo señala Lafaille, son un ejemplo, pero pueden darse otros supuestos.

Nos imaginamos el caso de una transacción en la cual se otorgan garantías más que excesivas para el pago de la deuda y una de ellas, de poco valor, fuese nula, sin poner en riesgo alguno el cumplimiento. ¿Debe considerarse nula toda la transacción? Creemos que no, dada la probable ineficiencia (para las partes) de la solución legal. Tal como lo dice Salvat, nos parece que en esos casos debe atenderse a la voluntad de las partes que se desprende del negocio y, si es el caso, debe conservarse el acto.

En todo caso, la indivisibilidad legal de la transacción puede moderarse también mediante el pacto de separabilidad, posibilidad admitida por el artículo 1310. ¿Qué efectos produce el pacto? En nuestra opinión, hace que lo acordado por las partes ya no se entienda como "concesiones recíprocas" (por lo menos no a efectos de la separabilidad), sino como un acto jurídico cualquiera, posibilitándose la separación de una cláusula o disposición menor, que ya no se entenderá (necesariamente) como razón determinante del acuerdo.

Así, en el caso citado del mutuo con garantía hipotecaria proveniente de una transacción, podría entonces anularse la hipoteca sin que ello arrastre a lo demás. En el ejemplo de la donación con cargo, este último podrá eliminarse sin afectar el resto de lo transado.

4. Las garantías

Finalmente, el artículo 1310 señala que en caso de nulidad de la transacción, se restablecen las garantías otorgadas por las partes pero no la de terceros. Es claro que al producirse la nulidad del acto que despejó la situación dudosa y litigiosa, que ahora revive, deban resurgir las garantías dadas por las partes, que también forman parte de esa situación dudosa y litigiosa y que al final remedian los eventuales incumplimientos.

En cuanto a la liberación de los terceros, la medida es correcta por la razón que exponen Osterling y Castillo Freyre, ya que "lo contrario equivaldría someter a esas personas a una permanente inestabilidad jurídica".

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones. Tomo II. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1991. BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1996. COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Editorial Guillermo Kraft. Buenos Aires, 1944. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. II. Tecnos. Madrid, 1995. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Vol 2. Bosch casa Editorial. Barcelona, 1966. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VI. Ediciones Jurídicas Europa-Amércia. Buenos Aires, 1979. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Curso de Obligaciones. Tomo II. Advocatus. Córdoba, 1998. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. XVI, Tercera parte, Tomo IX. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.

La suerte como medio de transacción

Artículo 1311.- ***Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título.***

Concordancias:
C.C. art. 1942

Federico Mesinas Montero

1. ¿Transacción o los efectos de esta?

Según el artículo 1311 del Código Civil, una cuestión (dudosa o litigiosa, se entiende) puede resolverse mediante la suerte (siempre que verse sobre derechos disponibles, claro está). Las partes podrían, por ejemplo, someter el conflicto al lanzamiento de una moneda, a un juego de cartas o a cualquier otro medio azaroso para poner fin al cuestionamiento. Y este mecanismo produce los efectos de una transacción, lo que le atribuye una característica principalísima: la cosa juzgada.

En principio, interesa del dispositivo este papel relevante otorgado a la suerte y, a efectos prácticos, a los juegos y las apuestas. Nótese que el artículo 1942 del Código Civil solo atribuye fuerza vinculante a los juegos y las apuestas permitidos legalmente, que son unos cuantos. La presente norma, en cambio, le reconoce fuerza de "cosa juzgada" a la generalidad de juegos y apuestas, siempre que se orienten a dirimir una cuestión.

La regla mencionada, en nuestra opinión, es adecuada. Sucede que muchos conflictos jurídicos no son conciliables y en ocasiones las partes no quieren derivar la solución a un tercero, por la desconfianza o costos implícitos. Pueden optar así por dejar todo al azar, que la suerte "decida" a quien se favorece respecto de determinada pretensión o derecho en disputa. Conviene entonces que el Derecho reconozca este tipo de acuerdos y obligue a las partes a cumplirlos, para lo cual cabe asimilarlos a la transacción.

Ahora, ¿quiere decir esto que la figura del artículo 1311 es una verdadera transacción o se trata de una figura distinta pero que produce los mismos efectos? En opinión de Osterling y Castillo Freyre, por ejemplo, el supuesto 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". Moisset, en cambio, analizando el artículo 2068 del derogado Código Civil argentino de 1869 que regulaba similar supuesto, señalaba que la suerte sirve para terminar cuestiones y vendría a ser "otro" procedimiento de finalización de controversias.

Con relación a lo planteado, el principal asunto a dilucidar es si la figura tratada cumple con los requisitos propios de la transacción, particularmente si contiene concesiones recíprocas.

En opinión de los autores nacionales citados, ello es así porque "tales concesiones se dan desde el momento en el que las partes admiten solucionar su controversia recurriendo al caso, 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".

Por nuestra parte, y aun cuando advertimos la poca implicancia práctica de considerar transacción o no a la figura analizada (pues los efectos legales serán siempre los

mismos), creemos que esta constituye en efecto un medio particular de solución de asuntos dudosos o litigiosos distinto de la transación, pero a la cual, por motivos de eficiencia, se le atribuyen los efectos de la transacción, particularmente el carácter de cosa juzgada.

Dejar un asunto a la suerte no es, en nuestra opinión, un supuesto de concesiones recíprocas, pues las partes no ceden en nada sobre sus pretensiones. Solo someten la dilucidación de un problema a un factor ajeno a la relación y a sus voluntades, en este caso la suerte, tal como sucede cuando se deja una controversia a la decisión de un árbitro, que también es un ente ajeno. Afirmar lo contrario implicaría que cada vez que dos partes se someten a un arbitraje están haciéndose "concesiones recíprocas".

De ahí que nos parezca correcto que el artículo 1311 simplemente diga que el supuesto "produce los efectos" de la transacción y no que "es" transacción, respetándose así las características propias de la figura. Esto de ningún modo limita las ventajas de la regulación pues se sabrá con exactitud cuáles son los efectos del acuerdo, comportándose este como una verdadera transacción y sin que deba recurrirse a regulaciones adicionales (lo que sí sería ineficiente).

De todos modos, dada la parquedad del artículo 1311, quedan algunos asuntos por precisar. En primer término, ¿el acuerdo para dilucidar el asunto mediante la suerte debe cumplir también los requisitos formales de la transacción?, o sea, ¿debe constar por escrito (artículo 1304) e incluir la renuncia a las acciones a que hubiere lugar (artículo 1303)? Y, segundo, ¿es un acuerdo homologable?

Sobre lo primero, no creemos que el acuerdo deba revestirse de las formalidades de la transacción, pues la norma analizada se limita a aplicar los efectos de esta última figura y no sus condicionamientos, sus requisitos formales o sustanciales. En ese sentido, tal como no se exigen "concesiones recíprocas", tampoco es exigible documento escrito o renuncia alguna.

Algo distinto sucede con la homologación, pues al ser un efecto de la transacción producida (más particularmente de su carácter de cosa juzgada) debe ser admitida, además de resultar indispensable como única forma para poner al fin al proceso judicial a que hubiera dado lugar la cuestión, pues nada prohíbe que el acuerdo verse sobre asuntos discutidos judicialmente. Para que proceda la homologación, sin embargo, se requerirá que el acuerdo conste por escrito y contenga firmas legalizadas, como sucede con cualquier transacción.

2. Casos de aplicación de la suerte

Independientemente de que se la considere o no transacción, convenimos con Osterling y Castillo Freyre sobre la importancia y la practicidad de la figura del artículo 1311. Finalmente, los agentes deben contar con la opción libre de recurrir a la suerte para solucionar sus divergencias si así lo creen conveniente.

Comúnmente, este tipo de acuerdo es utilizado para solucionar problemas de particiones de bienes, en caso de sucesiones u otros, cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre la forma de repartición. Por ejemplo, para repartir el menaje u otros bienes muebles, se definen grupos de estos y se asignan por la suerte a las partes interesadas.

Moisset refiere que muchas veces los tribunales argentinos recurren a un sorteo para efectuar adjudicaciones a raíz de la división de un inmueble que está en condominio y que el perito ha fraccionado en lotes, o en el que se hace la partición de una herencia y no hay posibilidad de adjudicar una fracción a uno de los interesados y otra a otro interesado.

DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones. Tomo II. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1991. BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1996. COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Editorial Guillermo Kraft. Buenos Aires, 1944. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Vol. II. Tecnos. Madrid, 1995. ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Vol 2. Bosch casa Editorial. Barcelona, 1966. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VI. Ediciones Jurídicas Europa-Amércia. Buenos Aires, 1979. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Curso de Obligaciones. Tomo II. Advocatus. Córdoba, 1998. MURO ROJO, Manuel. La transacción de ejecución imposible. En: Gaceta Jurídica, Tomo N° 41, Lima, 1997. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol. XVI, Tercera parte, Tomo IX. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.

Ejecución de la transacción judicial y extrajudicial

Artículo 1312.- *La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva.*

Concordancias:
C.C. art. 1302; C.P.C. arts. 688, 693

MARTÍN HURTADO REYES

1. Introducción

En este artículo del CC, el legislador ha regulado de forma referencial la ejecución de la transacción lograda en el proceso judicial y la transacción celebrada antes del proceso; a la primera suele llamársele transacción judicial porque se presente dentro de un proceso sujeto a litispendencia, con el propósito de concluirlo y la segunda, transacción extrajudicial, debido a que sirve para tratar de resolver "algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse".

En cuanto a la transacción judicial, precisa que debe ejecutarse en el proceso de la misma manera que una sentencia y la extrajudicial, utilizando la vía ejecutiva. Trataremos de hacer un análisis más profundo respecto del contenido de esta disposición normativa y sus alcances. Tomando en cuenta que la legislación y la práctica procesal tiene gran incidencia en este artículo del CC. La idea es actualizar su contenido a la luz de la legislación procesal actual.

Como sabemos la transacción puede ser entendida como un contrato complejo que requiere de prestaciones reciprocas[1], cuyo propósito es evitar, por un lado, que un conflicto (por un asunto dudoso o litigiosos de naturaleza patrimonial) desemboque en un proceso judicial (transacción extrajudicial) y si llega a producirse la existencia del proceso, tratar de concluirlo; de otro lado, sirve también para terminar un conflicto deducido en un proceso judicial y, por lógica consecuencia, busca concluir un proceso (transacción judicial).[2]

En ese sentido, la transacción tiene dos propósitos definidos: i) evitar que las partes en conflicto, por alguno asunto dudoso o litigiosos de naturaleza patrimonial lleguen a un proceso judicial y si lo hacen, la utilidad de esta transacción será concluirlo; ii) concluir el proceso judicial que se encuentra en trámite.

Pretendemos en estas breves notas introducir algunas ideas y problemáticas que se presentan en el proceso judicial la transacción.

(1) Producto de esta situación es que **las partes para evitar un litigio sobre las situaciones jurídicas derivadas del contrato de transporte de mercaderías** de propiedad de la demandada es que llegaron a los acuerdos contenidos en la **cláusula tercera** de la transacción extrajudicial en las que se aprecian determinadas concesiones reciprocas: asumir la obligación de presentar la vigencia del seguro para coberturar las pérdidas de mercaderías, restaurar el servicio de transporte de mercaderías, pagar las facturas impagas por S/ 199.718.00 por concepto de facturas por servicio de transporte previo cumplimiento a la acreditación de vigencia del seguro, compensar las sumas liquidadas, entre otros aspectos vinculados (Expediente N° 3769-2012-42, Primera Sala Comercial de Lima).

(2) La Sala Superior ha emitido pronunciamiento sobre el fondo del asunto, resolviendo la controversia suscitada en autos, sin tener en cuenta que han sido las propias partes quienes ya han arribado a una solución extrajudicial de la controversia, según prescribe el artículo 302 del Código Procesal Civil que, a la letra indica: "Por la transacción las partes, haciéndose concesiones reciprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado (Casación N° 5052-2012-Lima).

2. Patología de la transacción

El estadio complicado y anómalo de la transacción, podemos decir, la patología de la transacción como modo real y efectivo de solucionar conflictos (la judicial o extrajudicial), suele presentarse justamente cuando una de las partes se niega a cumplir las prestaciones que se asumieron dentro de la misma.

La negativa del cumplimiento de las presentaciones asumidas por las partes en el contrato de transacción nos puede llevar, en algunos casos, al proceso de ejecución y en otros, a la ejecución forzada de lo que se haya aprobado por el juez respecto de la transacción presentada por las partes.

Lo común y corriente en una transacción es que las partes asuman prestaciones a cumplir a partir del citado contrato. Creo que la transacción busca evitar el proceso judicial o trata de concluirlo, pero propiamente no es satisfactiva *per se* de lo que realmente buscan las partes, ya que la satisfacción a las partes no se produce con la sola celebración del contrato de transacción, pues hay que esperar que se cumplan las prestaciones reciprocas asumidas.

Sería ideal en todo caso que la transacción celebrada deje satisfechos los intereses de las partes en conflicto, pero me parece que en la práctica las situaciones no se presentan de esta forma.

Por ello, es que hemos denominado a esta etapa conflictiva de la transacción como una patología, ello porque es en este momento (incumplimiento de las partes) en el que se presentan realmente los problemas que buscaron solucionarse con el contrato.

Luego de detectada esta situación que genera inconvenientes para las partes, nos preguntamos qué hacer para ejecutar las prestaciones asumidas por los contratantes, la respuesta en estos casos siempre será: el proceso. El proceso judicial para ejecutar la transacción a través de una demanda en el proceso único de ejecución o dentro del proceso, para iniciar la ejecución forzada de la transacción aprobada por el juez al mediar incumplimiento de una de las partes.

El insumo para llegar al proceso con una transacción extrajudicial o para iniciar la ejecución de la misma es el incumplimiento de lo pactado en su contenido.

3. La exigencia de las prestaciones recíprocas y otros aspectos a controlar en la transacción

Este es un tema clave en la transacción sea judicial o extrajudicial, ya que no basta que el contrato se encuentre rotulado como transacción, sino que se debe revisar en su contenido si se presenta la exigencia del artículo 1302 del CC, debido a que este requiere de la existencia de prestaciones reciprocas o concesiones mutuas[3].

Esto quiere decir que en la transacción debe existir una parte que asuma determinada prestación y que la otra parte igualmente también asuma una propia, por ello es que se debe estructurar la transacción bajo el criterio de prestaciones reciprocas. Aunque debe establecerse que esto no significa equivalencia entre las prestaciones, porque pueda que no sean equivalentes desde el punto de vista cuantitativo, pero responden al interés de las partes por evitar

(3) "El documento que contiene la transacción extrajudicial con firmas legalizadas, debe ser un documento de fecha cierta y cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 1302 del Código Civil" (Casación N° 2267-2010-Lima).

fundamentalmente, un futuro proceso judicial o arbitral, dando por concluida cualquier situación potencialmente litigiosa.

Para la transacción, tener concesiones reciprocas 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(4).

El juez, al calificar la transacción judicial o extrajudicial, debe controlar una serie de aspectos para aprobarla en caso de la judicial y verificar la regularidad del título de ejecución en las transacciones extrajudiciales.

Por lo cual, debe tomarse en cuenta los siguientes aspectos al calificar la transacción: i) definir la capacidad legal de los contratantes, igualmente la representación si la hubiera; ii) revisar la constitucionalidad y la legalidad de los acuerdos(5), que no se afecten derechos fundamentales de las partes o no contengan un acuerdo que vulnere el ordenamiento jurídico(6); iii) que no se trate de una transacción sobre derechos extrapatrimoniales e indisponibles, ya que debe extinguir obligaciones patrimoniales; iv) debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad; v) debe estar relacionada de un asunto litigioso o dudoso; vi) verificar el compromiso que hicieron las partes de no ejercitar el derecho de acción para postular una pretensión relacionada con el asunto litigioso transado y en todo caso el compromiso asumido para concluir el proceso en trámite(7); vii) verificar la existencia de prestaciones recíprocas o simplemente la equivalencia de ambas; viii) cautelar la intervención de menores para definir si se ha cumplido con la autorización judicial; ix) si es una transacción extrajudicial postulada como título de ejecución, debe verificarse la existencia de una obligación cierta, expresa y exigible y los demás ítems señalados; xi) no deben afectarse derechos de terceros(8); xii) tampoco se deben extender los efectos de la transacción a aquellos que no participaron en ella(9); xii) revisar las formas general y especial de la transacción(10).

(4) CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. *La transacción* en www.osterlingfirm.com.

(5) Cuando se produce la transacción entre uno de los codeudores con el acreedor común sobre el integro de la obligación, esta se extingue para todos los codeudores, aun cuando no hubieran intervenido en dicho acto que por si es liberatorio, dado que el acreedor que es el único interesado en tal calidad, ha extinguido la obligación al ser "dueño" exclusivo del crédito, lo ha extinguido por acto practicado con uno de los codeudores (Casación N° 2057-2008-Lima).

(6) Por ejemplo, que se haya pactado obligaciones dinerarias con intereses que superan lo aceptado por el ordenamiento jurídico para personas que no forman parte del sistema financiero o bancario (Casación N° 5804-2018-Arequipa).

(7) Los herederos se obligan a mantener indemnes a las compañías y las personas mencionadas frente a cualquier acción, reclamo, denuncia, pretensión, crédito, derecho, monto, controversia, garantía, indemnización, reparación u otros de cualquier naturaleza judicial o extrajudicial, que directa o indirectamente se derive, origen o se relacione del siniestro (Casación N° 2667-2010-Lima).

(8) Muchas veces se utiliza la transacción extrajudicial para desalojar sin proceso a personas que ocupan bienes inmuebles, la transacción se celebra entre A y B, el segundo asume la obligación de entregar la posesión de un inmueble, pero el mismo se encuentra ocupado por C, que no intervino en el contrato de transacción.

(9) La transacción puede versar sobre la reparación civil cuando entre las partes existió un proceso penal, pero los alcances de la misma solo debe alcanzar a las partes que celebraron el contrato de transacción, por lo que el proceso solo debe concluir para los demandados que hayan participado en la transacción (Casación N° 3458-2009-Lima).

(10) De la revisión de los actuados se aprecia que el documento denominado reconocimiento de deuda y transacción extrajudicial no cuenta con firmas legalizadas de las partes contratantes, sin embargo, esta sola situación –según el criterio de este Colegiado Superior– estrictamente formal, no es impedimento legal para que la misma se pueda exigir –como transacción– en el proceso ejecutivo, ya que el artículo 688 del Código Procesal Civil considera al "documento privado que contenga transacción extrajudicial" como un titulo ejecutivo, además debe considerarse que en el contenido del mencionado artículo del Código citado, no se exige que la misma se encuentre con firma legalizada de las partes, siendo más bien esta exigencia necesaria para la transacción judicial. Sin embargo, ello no impide que el juez califique *in integrum* el contenido del citado documento a fin de determinar si califica como

En ese sentido, podemos apreciar que el juez al calificar una transacción, sea judicial o extrajudicial, debe tomar en cuenta una serie de aspectos, no basta su presentación para una posible homologación por parte de la judicatura ni para alegar que es un título ejecutivo, pues el juez puede hacer objeciones a su contenido y denegar lo peticionado.

4. Transacción y título ejecutivo

En los procesos de ejecución nos encontramos en un proceso al cual el actor tiene el privilegio de acceder debido al *título* que acompaña para demandar, nos referimos al título ejecutivo.

A los procesos de ejecución solo se puede acceder si se cuenta con alguno de los títulos ejecutivos a que se refiere el artículo 688 del Código Procesal Civil: i) resolución judicial firme; ii) laudos arbitrales firmes; iii) actas de conciliación conforme a ley; iv) títulos valores con las formalidades necesarias; v) constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta; vi) prueba anticipada de documento privado reconocido; vii) prueba anticipada con absolución de posiciones, expresa o ficta; viii) **transacción extrajudicial**; ix) documento impago por pago de arrendamiento, acreditando la relación contractual; x) testimonio de escritura pública; y xi) todos los otros títulos a los que la ley les confiere mérito ejecutivo.

Además, se requiere que el título que se acompaña a la demanda contenga una obligación expresa, cierta y exigible, adicionalmente debe ser liquida o liquidable (artículo 689 CPC).

Entonces, tenemos que no se trata de cualquier documento que pueda calificar como título ejecutivo, por un lado, habría que decir que solo la ley se encarga de calificar qué "documento" puede ser considerado como título ejecutivo. Las partes no pueden acordar darle la calidad de titulo ejecutivo a determinado documento, el pacto no es suficiente para este propósito, es la ley la única que posibilita esta situación, en consecuencia el título en los procesos de ejecución son siempre de naturaleza legal por su origen, siendo común que se encuentren contenidos en determinado documento. Aunque la legislación muchas veces deja ciertas dudas sobre el particular al abrir la vía ejecutiva sin mencionar cuál es el título para la misma (artículo 330 de la Ley de Instituciones Bancarias y Financieras, Ley N° 26702 y el artículo 80 de la Ley General de Sociedades).

En el caso de la transacción extrajudicial la ley ha considerado que se trata de un título ejecutivo, lo que implica que puede abrirle las puertas al beneficiario de la misma del proceso único de ejecución, concretamente del llamado proceso ejecutivo (artículos 694 y ss. del CPC).

Aunque lacónicamente el artículo 1321 del CC señala que debe ejecutarse en la vía ejecutiva, lo que responde a la disposición normativa procesal vigente al momento en que se promulgó el CC. Hoy la situación ha cambiado a partir de la modificatoria del CPC, ya que el legislador reconoce al proceso único de ejecución, dentro del cual podemos encontrar al proceso ejecutivo.

Si llevamos a un proceso de ejecución una transacción extrajudicial la finalidad de la misma sería, ejecutar una obligación asumida por la ejecutada.

título ejecutivo (conteniendo una obligación cierta, expresa y exigible, de competencia del juez con subespecialidad comercial, entre otros aspectos) y, en caso de ser admitida la demanda, permitir que el ejecutado cuestione los aspectos que considere necesarios sobre su contenido y validez, debiendo resolver el auto definitivo todos los cuestionamientos efectuados al título ejecutivo (Expediente N° 7528-2012-0, Primera Sala Comercial de Lima).

Por ello, es que el juez de la ejecución debe calificar a la transacción extrajudicial como un título ejecutivo, lo que implica que su sola presentación no da lugar a su ejecución, el juez debe controlar el título. Por lo cual, se entiende que el juez debería comprobar si la transacción extrajudicial cumple, en primer lugar, con lo previsto en el artículo 1302 del CC, esto es, comprobar si la misma contiene prestaciones recíprocas, además debe comprobar si la obligación que se pretenda ejecutar es cierta, expresa y exigible, sin perjuicio de controlar los aspectos ya señalados en el punto tres del presente comentario.

De otro lado, consideramos que el juez debe establecer si la obligaciones que se pretenden ejecutar en la vía del proceso de ejecución de resoluciones judiciales es de su competencia. Porque puede tratarse de obligaciones cuyo cumplimiento son de competencia de jueces diferentes.

La competencia para ejecutar una transacción extrajudicial puede estar fijada para jueces civiles, jueces comerciales, jueces de familia, jueces laborales, entre otros. Por ello, el juez que recibe la demanda debe verificar su competencia (relacionada con las prestaciones asumidas) para ordenar que se ejecute la obligación asumida por la parte demandada.

Este tema es de suma relevancia, porque las prestaciones asumidas en la transacción pueden estar referidas a pretensiones que pueden tener alguna discrepancia o duda respecto a qué juez le correspondería ejecutarlas. Es decir, quién debe asumir competencia sobre la transacción que se postula como titulo ejecutivo. Lo otro, es que se pueden establecer obligaciones que simplemente no se pueden ejecutar.

Es probable que la transacción pueda contener obligaciones que no puedan ser ejecutadas en el proceso de ejecución como, por ejemplo, obligar al esposo a comprar un departamento para los hijos en un distrito determinado de Lima. Igual la transacción que haya acordado la entrega de un inmueble y se pide vía ejecución que se haga forzada la entrega, cuando quien ocupa el bien inmueble es un tercero o cuando la obligación se vincula a la entrega de un vehículo, ingresado por la frontera y que no tiene póliza de importación ni documentos que establezcan su origen y se busca "legalizar" el ingreso del vehículo al país. Entre otros supuestos.

En otras palabras, el juez tiene una gran responsabilidad al ordenar si se procede a la ejecución de la transacción extrajudicial o se declara improcedente (deniega) la ejecución. De ahí la importancia de la calificación del título, en este caso de la transacción como título.

5. El I Pleno Casatorio Civil y la transacción extrajudicial

El I Pleno Casatorio Civil que se emitió en virtud a la Casación Nº 1475-2007- Cajamarca, se refiere a la transacción extrajudicial, concretamente cuando en el proceso judicial el demandado pretende oponer a la parte demandante la existencia de una transacción extrajudicial celebrada con anterioridad a la existencia del proceso, con la cual se habría solucionado la controversia que se pretende discutir en sede judicial.

El debate en el I Pleno Casatorio se concentró en determinar si la transacción extrajudicial debería ser opuesta por el demandado a través de la contestación de demanda, como un tema de fondo que le permita al juez revisar la validez o ineficacia de la transacción extrajudicial o se debería postular como excepción procesal, lo que le permitiría al juez declarar concluido el proceso, debido a que el demandante carece de interés para obrar, puesto que el conflicto que pretende discutir en el proceso judicial ya fue solucionado de forma anticipada con la transacción extrajudicial.

Como todos sabemos en este Pleno Casatorio Civil se establecieron las siguientes reglas procesales de carácter vinculante:

- "La transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del Art. 446 e inciso 4 del artículo 453 del CPC, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el CC sobre la transacción".
- "Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del CPC, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto las transacciones celebrados con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley".

En tanto que los votos en minoría generaron los siguientes criterios, loa cuales por cierto, no son las reglas que vinculan en este caso, pero que vale la pena citar:

- "(...) La procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos, de tal modo que la transacción extrajudicial alegada por la parte emplazada, al no haber sido celebrado dentro de un proceso, no puede configurar un supuesto de proceso idéntico y, en tal virtud, no puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso".
- "Si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de demanda y en calidad de defensa de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto de aquella, para que el juez se pronuncie sobre esta defensa material en la sentencia".

Resulta obvio que las reglas establecidas en mayoría en este Pleno Casatorio no son las más adecuadas y de ello se han ocupado todos aquellos que hicieron acertados comentarios sobre el particular. Estas reglas presentan diversos problemas.

Tenemos por considerar que nuestro CPC en el artículo 446 no regula la excepción de transacción extrajudicial, solamente en el inciso 10 regula la transacción que es homologada judicialmente por el juez, es decir, la llamada transacción judicial.

Por lo cual, si el Pleno obliga a las partes y al juez a tramitar como excepción procesal la transacción extrajudicial, la cual, tendría como propósito la conclusión del proceso, por lo que tendríamos que este Pleno estaría creando vía jurisprudencial una nueva excepción no regulada en el CPC, a la que podríamos llamarle excepción de transacción extrajudicial, diferente a la excepción de transacción judicial. Por lo que consideramos que se trata de una excepción atípica creada por el I Pleno Casatorio Civil.[11]

De otro lado, si la transacción extrajudicial se propone como excepción procesal y no como un argumento de fondo para que sea resuelto en la sentencia, entonces, podríamos decir

(11) La excepción de transacción extrajudicial si bien no se encuentra regulada expresamente en el artículo 446 del Código Procesal Civil es una excepción procesal que se puede deducir en el proceso civil a partir de lo resuelto en el Primer Pleno Casatorio emitido por la Corte Suprema de la República en el Casación N° 1465-2007-Cajamarca en el que se indicó: "La Transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como Excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446 e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción" (Expediente N° 1902-2010-17, Primera Sala Comercial de Lima).

que el juez no podría hacer una revisión prolija de la misma, ya que la transacción puede estar afectada de nulidad, anulabilidad o ineficacia.

Lo más grave es que esta excepción concluye el proceso sin sentencia y en estos casos, el juez solo podría comprobar si la controversia surgida ya fue transigida por las partes antes del proceso, sin ingresar necesariamente a definir la validez de la misma.

Considero que aun cuando la transacción extrajudicial se pueda oponer por el demandado vía excepción procesal, esto no debería impedir al juez realizar un control de la transacción presentada, verificando que esta cumpla con lo ya señalado en el punto tres del presente comentario.

6. El acto posterior a la sentencia no es transacción

Suele ocurrir en el proceso que luego de lograr la cosa juzgada en sentencias que tienen naturaleza de condena, las partes arriben a un acuerdo para dar cumplimiento a la sentencia, la que se produce de acuerdo a sus intereses.

En estos casos, se ha entendido que lo que hayan acordado las partes para cumplir la cosa juzgada obtenida con la sentencia no es una transacción, se le ha llamado acto jurídico posterior a la sentencia. Aunque muchos suelen confundirla con una transacción. No tiene esa naturaleza porque no impide un proceso judicial ni lo concluye, solo es un acuerdo que puede modificar lo que se ordenó en una sentencia de condena, esto es, se produce después de la cosa juzgada.

El artículo 339 señala que "aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que esta 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 esta".

En realidad, se trata de un acuerdo en el que, bilateralmente, las partes pueden acordar la forma de cumplir con la sentencia, inclusive conforme a sus propios intereses la pueden modificar en cuanto a la forma de dar cumplimiento a la misma.

Por ello, en la etapa de ejecución forzada, no podemos llamar transacción extrajudicial al pacto celebrado entre las partes para refinanciar la deuda, es propiamente un acto posterior a la sentencia, que cuadra con lo establecido en el artículo 339 del CPC[12].

En estos casos, el problema se presenta en dos aspectos: i) si el juez debe aprobarla o como alguno llaman homologarla; y ii) si la parte incumple el acuerdo, qué se debe ejecutar: la sentencia o el acuerdo de las partes que modificó la forma de cumplir la sentencia.

(12) Conforme al contenido del documento de fojas 101/106 denominado transacción extrajudicial y reconocimiento de deuda se aprecia que la deuda puesta a cobro en el presente proceso fue reconocida por la parte ejecutante cuando el proceso se encontraba para ejecución forzada, por su parte el ejecutante condonó a su contraparte el concepto de intereses, se refinanció la deuda en 60 cuotas, entre otros aspectos; sin embargo, del contenido de la misma no se aprecia que las partes hayan acordado que la obligación asumida por el deudor se haya cancelado, por el contrario, solo se dispuso la refinanciación de la misma, inclusive pactaron en la cláusula sexta del citado documento que el banco podrá ejecutar la transacción en este proceso si el deudor incumple con el pago oportuno de una cuota del cronograma de pagos (Expediente N° 3479-2011-0, Primera Sala Comercial de Lima. Expediente N° 1902-2010-17, Primera Sala Comercial de Lima).

No cabe duda, respecto del primer tema, que el juez debería controlar la validez y eficacia de este acto que busca modificar la cosa juzgada, pues si algún cambio se hizo de lo decidido, este debe guardar coherencia con lo ordenado en la misma, para evitar que se desnaturalice lo ordenado o que no se aproveche este acto para perjudicar a alguna de las partes. Haciendo un control de legalidad del acuerdo[13].

Si media incumplimiento de lo acordado con posterioridad a la sentencia, me parece que lo que se debe ejecutar es la sentencia de condena, ya que al no cumplir con el acuerdo posterior a la decisión final, este queda sin efecto, debiendo producirse la ejecución forzada de la sentencia, no del mencionado acuerdo.

Lo que queda claro en este caso, es que el acuerdo posterior a la sentencia no debe ser considerado ni debe tener efecto de una transacción, ya que no previene un proceso judicial derivado de un asunto dudoso o litigioso, ni concluye uno que ya se encuentra en trámite; por el contrario, solo busca modificar una sentencia de condena que definió prestaciones a cargo de la parte vencida.

La ejecución forzada no es la misma si se trata de un acto jurídico posterior a la sentencia o si se trata de una transacción homologada por el juez.

En el primer caso, si se incumple el acto jurídico posterior a la sentencia, lo que se debe ejecutar es la sentencia de condena en sus propios términos, ya que es la que generó cosa juzgada, además que el incumplimiento deja sin efecto lo acordado por las partes para modificar la sentencia[14].

En el segundo caso, la ejecución forzada debe llevarse de acuerdo a los pactos establecidos en la transacción homologada por el juez, pues tiene carácter de cosa juzgada la decisión que la aprobó [15].

(13) Conforme a nuestra legislación, los acuerdos que convengan las partes con posterioridad a la sentencia o auto definitivo firme (para el caso de autos, el auto definitivo que contiene la orden de remate, es el que produce la cosa juzgada cuando queda consentido o ejecutoriado) *no tienen carácter de transacción, sino que se trata de un acto jurídico posterior a la sentencia*, por ello establece en el artículo 339 del Código Adjetivo que "aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que esta 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 esta". En ese sentido, la norma procesal no señala un procedimiento concreto que se debe seguir cuando se presente un acto posterior a la sentencia, sin embargo, considera este Colegiado Superior que este pronunciamiento resulta necesario porque el juez del proceso debe realizar una calificación jurídica del mismo para aceptarlo o denegarlo, en este último caso cuando se hayan establecido pactos prohibidos por la ley o que no guarden relación con los actuados (Expediente N° 5145-2007-0, Primera Sala Comercial de Lima).

(14) Este fue un tema de discusión en el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial en el año 2015 en el que se estableció como criterio que debe ejecutarse el auto final y no el acto jurídico posterior a la sentencia.

(15) Por lo cual, la aclaración en la resolución apelada que hace el juez se condice con los actuados, ya que esta ha tenido por finalidad precisar que lo que se debe ejecutar en el presente proceso es la citada transacción y que la conclusión del proceso se debe considerar como la forma de conclusión del proceso, no con fines de archivamiento como lo pretende la parte apelante, sino más bien tomando en cuenta la conducta de la demandada, quien viene incumpliendo las obligaciones asumidas en la transacción aprobada (que homologada tiene carácter de sentencia) que se debe ejecutar en este proceso. En tal sentido, lo que pretende con su apelación el demandado es impedir que se lleven adelante los actos de ejecución forzada por incumplimiento de sus obligaciones, aprovechando el error de haber ordenado el archivamiento del proceso, lo cual, evidentemente, no es admisible en este caso, ya que se ha producido la cosa juzgada (con la transacción homologada) y que debe ejecutarse en este proceso, conforme a lo que señala el artículo 139 inciso 2 de la Constitución. Por lo cual, se debe entender que es correcta, conforme a lo actuado que se ejecute la transacción aprobada y que se aclare cualquier acto procesal que haya establecido el archivamiento del proceso, ya que no se estaría cumplimiento con lo que señala el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil (Expediente N° 3567-2011-89, Primera Sala Comercial de Lima).

Cuando la transacción se presenta como titulo ejecutivo, lo que se ejecuta es el auto final que decide llevar adelante las prestaciones que fueron establecidas en la transacción.

7. La excepción procesal de transacción

La transacción puede ser vista desde dos puntos de vista. El primero es el sustantivo, desde el cual es una forma de extinguir obligaciones; desde el procesal, como mecanismo de conclusión del proceso. La conciliación puede ser observada previa al proceso y dentro del proceso, la primera es la que conocemos como conciliación extrajudicial y la segunda, conciliación judicial. Los aspectos procesales de estas instituciones son las que interesan al estudiar esta excepción, es decir, cuando se desarrollan en el proceso.

Así, la conciliación homologada por el juez genera cosa juzgada respecto a los aspectos sometidos al acuerdo de las partes (artículo 328 del CPC). La transacción judicial homologada por el juez pone fin al proceso y tiene autoridad de cosa juzgada (artículo 337 del CPC).

Con la excepción de conciliación o transacción (están reguladas de forma conjunta, pero se deben proponer de forma independiente) el demandado cuestiona la relación procesal por la falta de una de las condiciones de la acción: la falta de *interés para obrar* del demandante.

Estas excepciones presuponen la existencia de un proceso concluido que terminó por *conciliación homologada* por el juez o *transacción aprobada* por el mismo (ambas con calidad de sentencia con autoridad de cosa juzgada, en virtud al artículo 328 y 337 del Código Procesal). El interés para obrar será la condición de la acción ausente en estos casos, pues la tutela jurídica que solicitó el demandante al Estado fue proveída con la homologación o aprobación del juez de la conciliación o transacción, respectivamente.

Para la procedencia de esta excepción se requiere que el juez no solo compruebe que el proceso haya concluido por transacción, sino que debe comprobar la concurrencia de los tres elementos vinculados a las excepciones de *litis pendencia*, cosa juzgada y desistimiento de la pretensión: las *partes* del nuevo proceso son las mismas del concluido por conciliación o transacción (elemento subjetivo, los mismos sujetos), el *objeto litigioso* del anterior proceso es idéntico al que se pretende abrir (elemento objetivo, el mismo petitorio) y la *causa* (*causa petendi*) del proceso concluido por transacción es idéntica a la del nuevo proceso, es decir, los hechos que sustentan la pretensión (elemento fáctico, la misma configuración fáctica).

Debe quedar claro que no funciona la excepción si la conciliación fue realizada por un conciliador extrajudicial de acuerdo a la Ley de Conciliación y su Reglamento (Ley Nº 26872 y D.S. Nº 004-2005-JUS, respectivamente) y antes del Primer Pleno Jurisdiccional Civil tampoco funcionaba cuando la transacción era extrajudicial, es decir, si se celebró antes de la existencia del proceso. La razón de la improcedencia en estos casos se sustentaba en el contenido del artículo 446 inciso 10 del Código Procesal que regula esta excepción, pues expresamente señala que la conciliación y la transacción *deben provenir de un proceso concluido*, esto es, que el proceso primigenio haya concluido por la homologación y/o aprobación de una conciliación o transacción, respectivamente.

En el Primer Pleno Casatorio Civil realizado a raíz de la Casación Nº 1475-2007-Cajamarca, derivado del proceso seguido por Giovanna Quiroz Villaty contra Empresa Minera Yanacocha SRL y otros sobre Indemnización por daños y perjuicios, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 21/04/08 se llegó a establecer por mayoría –criterio que no compartimos– que "la transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta

como excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446 e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción". Pero en minoría se llegó a establecer: "(...) entiéndase que las transacciones homologadas por el juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley".

Para la procedencia de esta situación (transacción extrajudicial) como excepción procesal, consideramos que se requiere previamente que la transacción haya sido homologada por el juez dentro del proceso y haya concluido el mismo por su aprobación, no es admisible que la transacción solo sea suscrita por las partes extraproceso para dar por concluido el proceso vía excepción, pues, la norma procesal exige que la transacción *debe provenir de un proceso concluido* y en el supuesto en que se emitió el Pleno Casatorio el proceso se inició con posterioridad a la transacción extrajudicial, siendo así, la defensa que hizo valer el demandado tenía naturaleza sustantiva y no procesal, por lo que debió ser desestimada la excepción de transacción y resolver el tema como un asunto de fondo en la sentencia. De alguna manera, el criterio en mayoría asumido por el Pleno Casatorio de la Corte Suprema ha desnaturalizado la excepción procesal regulada en el artículo 446 inciso 10 del CPC.

Por el yerro incurrido en el Pleno Casatorio, la profesora Marianella Ledesma ha señalado con énfasis que nuestros magistrados supremos en el citado pleno han decidido incorporar "subrepticiamente" una nueva casual al artículo 446 del CPC citado. Se trata de una nueva "excepción de transacción", que es calificada a la luz de dicho pleno, así, si las partes transan un asunto litigioso a fin de evitar el pleito, y si posteriormente cualquiera de ellas decidiera iniciar en sede judicial su discusión, esta relación procesal entablada se liquidará con la nueva excepción de transacción; por cierto, no nos estamos refiriendo a la excepción procesal de "conclusión del proceso por transacción" acogida en el inciso 10 del artículo 446 del CPC, sino a la nueva excepción generada al absolver la Casación N° 1465-2007-Cajamarca[16].

Por nuestra parte, sostenemos hoy la tesis de las excepciones atípicas o innominadas, es decir, aquellas excepciones que no reconoce el CPC (no están en el contenido del artículo 446), pero que se encontrarían incorporadas a él, a través del precedente judicial, de leyes especiales o son reconocidas por la doctrina y Derecho Comparado, y, que además tiene la particularidad de que pueden ser postuladas en un proceso civil. Admitiendo la tesis de Ledesma, sería una causal más en el CPC (art. 446) para que el demandado cuestione la relación jurídico procesal (excepción de transacción extrajudicial) que se incorporó a partir del precedente, aunque insisto en la categoría de excepción atípica, para calificar a aquellas que no se encuentran taxativamente contenidas en el citado artículo que suelo llamarles excepciones típicas.

En la legislación argentina no se presenta este problema, ya que se pueden deducir ambas excepciones en el proceso civil (transacción judicial y extrajudicial), aunque con efectos distintos, así los resalta Mabel de los Santos, la transacción extrajudicial –indica– es la que confiere certidumbre a "derechos dudosos" que no han sido materia de un juicio o litigio. Su valor intrínseco es idéntico a la transacción judicial, "pero solo en cuanto permite oponer, en lo sucesivo una defensa vinculada a la extinción de los derechos dudosos". Sin embargo, mientras la transacción judicial permitiría oponer una *excepción previa*, la extrajudicial solo

(16) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo II. Lima, 2008, p. 468.

permite deducir una excepción perentoria (o defensa de fondo), que resuelve el juez, en la sentencia. Por eso se dice que la *excepción previa de transacción* tiene afinidad con la de la *cosa juzgada*, mientras que el acuerdo sobre derechos dudosos, sin que se haya promovido un juicio, guarda analogía con el *pago*[17].

Esta última expresión es el sustento de la posición en minoría del I Pleno Casatorio Civil en relación a que la excepción de transacción extrajudicial no se debería proponer como excepción procesal, sino como argumento de defensa de fondo.

Marianella Ledesma llega a una conclusión similar: "la transacción extrajudicial, es sencillamente el argumento para una excepción de derecho o de fondo, más no procesal, referido a un hecho que se aporta al proceso con la finalidad de hacer inaplicable la pretensión del actor, por ello, nuestra legislación no contempla de manera expresa la excepción de 'transacción judicial' sino la de 'conclusión del proceso por transacción', la misma que requiere necesariamente de un proceso que haya concluido"[18].

A la misma conclusión llega Víctor Obando al señalar que: "el argumento de la transacción extrajudicial, por tanto, deberá hacerse valer como defensa de fondo, como hecho extintivo o modificativo del derecho del demandante, que fundamenta su pretensión procesal, objeto del proceso. Será el juez quien determinará la validez de tal acto, pudiendo declarar de oficio la nulidad manifiesta, con observancia del principio del contradictorio de las partes[19].

En tales circunstancias y al no ser posible que el demandado proponga la excepción de falta de interés para obrar del demandante (*por no estar regulada en el artículo 446 del Código Procesal*), corresponderá al juez calificar de oficio esta condición de la acción en el momento de calificar la demanda o en durante el saneamiento procesal. Sin embargo, lo que podrá realizar la parte demandada es un cuestionamiento indirecto de la relación procesal utilizando la impugnación (recurso de apelación), apelando el auto admisorio de la instancia, pues no correspondía abrir un nuevo proceso (nuevo debate), sino iniciar el proceso de ejecución.

La carga de la prueba corre a cargo de quien formuló la excepción, se debe probar que el proceso concluido por conciliación o transacción es idéntico (en los tres elementos ya analizados) al que se pretende iniciar. La prueba en estos casos es fundamentalmente documental, se debe acreditar que la pretensión involucrada en la demanda formó parte de otro ya concluido, para ello es necesario acompañar las copias certificadas del proceso concluido, con la resolución por la que se aprueba la conciliación o transacción o hacer el ofrecimiento del expediente fenecido.

Si esta excepción es declarada fundada, el juez ordenará la conclusión del proceso, y el archivamiento de los actuados, por lo cual la doctrina acuerda calificar a esta excepción también como *perentoria*.

(17) VARGAS, Abraham Luis. "Excepción de transacción". En: *Excepciones procesales*. Editorial Panamericana. Tomo I. Bogotá, 2000, p. 580.

(18) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "Transacción extrajudicial y los mecanismos procesales de defensa" en Primer Pleno Casatorio Revista de la Corte Suprema de la República del Perú. Lima, 2008, p. 76.

(19) OBANDO BLANCO, Víctor. "Política jurisdiccional, predictibilidad y doctrina del precedente judicial. Primer Pleno Casatorio Civil" en Primer Pleno Casatorio Revista de la Corte Suprema de la República del Perú. Lima, 2008, p. 60.

DOCTRINA

CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. La transacción en www.osterlingfirm.com; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo II. Lima, 2008; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "Transacción extrajudicial y los mecanismos procesales de defensa" en Primer Pleno Casatorio Revista de la Corte Suprema de la República del Perú. Lima, 2008; OBANDO BLANCO, Víctor. "Política jurisdiccional, predictibilidad y doctrina del precedente judicial. Primer Pleno Casatorio Civil" en Primer Pleno Casatorio Revista de la Corte Suprema de la República del Perú. Lima, 2008; VARGAS, Abraham Luis. "Excepción de transacción". En: Excepciones procesales. Editorial Panamericana. Tomo I. Bogotá, 2000, p. 580. .

TÍTULO VIII
MUTUO DISENSO

Definición de mutuo disenso

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.*

RÓMULO MORALES HERVIAS

El negocio jurídico es aquel "acto vinculante de privada reglamentación de intereses que asume positiva 'relevancia' para el ordenamiento estatal cuando los valores, del cual es portador, son compatibles con los valores expresados por el ordenamiento"(1). Un tipo de negocio jurídico es el contrato. Definimos al contrato para efectos operativos como "la adhesión a una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar, transferir o extinguir una situación jurídica subjetiva y una relación jurídica de caracteres patrimoniales, que pueden incluir obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola de las partes"(2).

El contrato crea efectos jurídicos, según los cuales, las partes adquieren posiciones jurídicas o situaciones jurídicas subjetivas. Estas posiciones son producto de la calificación jurídica de un interés digno de tutela.

El contrato como un tipo de negocio jurídico es vinculante para las partes, es decir, la celebración del contrato produce el efecto negocial de vinculación entre las partes.

El efecto negocial(3) es el "efecto de vincular a las partes a tener una conducta correspondiente al compromiso asumido. Con el negocio los sujetos establecen un autorreglamento de sus intereses y a tal reglamento deben regirse. El efecto negocial produce, por sí mismo, una modificación de la situación jurídica preexistente, en cuanto pone a cargo de las partes el vínculo que antes no existía; las ulteriores modificaciones de la situación jurídica, consistentes, según la fórmula del artículo 1321(4), en la 'constitución, modificación y extinción de una relación jurídica', son los *efectos finales*, los efectos, es decir, que el ordenamiento permiten que se realicen, precisamente en cuanto las partes han regulado autónomamente sus intereses y

(1) FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. Quinta edizione. Maggioli Editore-Rimini. 1995, pp. 83-84. FERRI, Giovanni Battista. *El negocio jurídico*, Traducción y notas de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2002, p. 154.

(2) MORALES HERVIAS, Rómulo. "¿Existen intercambios económicos sin acuerdo contractual? A propósito de las teorías del contrato y del negocio jurídico"; en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV, N° 54, enero, Editora Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 92.

(3) "Artículo 1372 del Código Civil italiano de 1942. Eficacia del contrato.- El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser disuelto sino por mutuo disenso o por causas admitidas por la ley.
El contrato no produce efectos respecto de los terceros en los casos previstos por la ley".

(4) "Artículo 1321 del Código Civil italiano de 1942. Noción.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas".
La norma citada es similar al artículo 1351 del Código Civil peruano: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

son vinculadas a mantener tal autorreglamento"[5]. En ese marco teórico, el "mutuo disenso" es un "nuevo contrato modificatorio de la relación" y por eso el efecto es retroactivo[6]. Por el contrario, este marco teórico es más compatible con la definición del "mutuo disenso" como contrato extintivo.

Para otro sector de la doctrina, el "mutuo disenso" es una resolución consensual o convencional en el sentido de que es "el contrato en que las partes disuelven un precedente contrato, liberándose del relativo vínculo (contrato resolutorio)". Y sobre los efectos retroactivos o los efectos ultraactivos, se expresa que "las partes son libres de concordar una u otra solución (con el solo límite, si eligen la retroactividad, del mantenimiento de los derechos ya adquiridos por los terceros). En el silencio de las partes se aplicará, en vía de integración, el régimen legalmente previsto por recesos y resoluciones"[7].

Otro sector importante incorpora el "mutuo disenso" a la categoría de la revocación que "sirve para sustituir el reglamento de los intereses dispuesto por el negocio, si aún no ha habido actuación (*re adhuc integra*), en dependencia de una situación de hecho sobrevenida, y también en razón de un cambio de apreciación que la parte hace de su propio interés (...). Su efecto es impedir el surgimiento de una situación jurídica nueva o de restablecer la situación jurídica preexistente"[8].

Para nosotros, no es un contrato modificatorio ni resolutorio ni revocatorio. Dentro del marco teórico de Allara[9], consideramos que el "mutuo disenso" es un contrato extintivo[10] del contrato celebrado originalmente con eficacia retroactiva[11] y por eso es una manifestación de la autonomía privada en cuanto poder abstracto de crear, modificar y extinguir normas jurídicas privadas. Por eso, el "mutuo disenso" se inserta perfectamente en la definición del contrato, pero en su modalidad de disolución consensual del contrato. Así como las partes se pueden vincular mediante un contrato, ellas mismas se pueden desvincular por "mutuo disenso".

Una sentencia de la Corte de Casación italiana hace referencia a los efectos de este tipo de contrato: "La eficacia del negocio de resolución por mutuo disenso no puede transcurrir por un momento sucesivo a su estipulación, atribuyendo así eficacia ultraactiva al precedente

(5) MIRABELLI, Giuseppe. "Delle Obbligazioni dei contratti in generale" (artt. 1321-1469), en *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, tomo secondo (titolo II), terza edizione interamente riveduta e aggiornata, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1980, p. 288.

(6) MIRABELLI, Giuseppe, Ob. cit., p. 290.

(7) ROPPO, Vincenzo. "Il Contratto", en *Trattato di Diritto Privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 539-541.

(8) BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa corretta della II edizione, Prima ristampa, a cura di Giuliano Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pp. 245-246.

(9) ALLARA, Mario. *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, pp. 67-84. La mutación jurídica consiste en la constitución, modificación y extinción de relaciones jurídicas. La creación, regulación y transferencia son equivalentes a la constitución.

(10) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Volumen XI, Primera Parte, Tomo II, Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 194: "El mutuo disenso tiene, pues, un efecto extintivo, en el sentido que es un contrato que tiene por efecto extinguir un contrato preexistente". Al contrario, para otro sector de la doctrina es un modo de extinción de las obligaciones: OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de las Obligaciones*, Volumen XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, pp. 626-632.

(11) Por el contrario, para un sector de la doctrina peruana, el mutuo disenso no debe tener carácter retroactivo: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, Ob. cit., pp. 194-195. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, Ob. cit., pp. 652-654.

contrato, porque sería contradictorio con la esencia del negocio extintivo y la naturaleza de los intereses, en referencia a su causa, que está destinado a satisfacer"[12].

Mediante el mutuo disenso, cualquiera de las partes pierde las ventajas obtenidas del contrato originario y se requiere la misma formalidad del contrato original[13].

La disolución del contrato por "mutuo disenso" "no perjudica los derechos de los terceros adquirentes y de los acreedores que hayan cumplido actos de ejecución sobre los bienes que por efecto de la disolución del contrato regresan a la esfera jurídica de la otra parte. El mutuo disenso está sujeto al mismo régimen de oponibilidad del contrato originario"[14].

Para ello es conveniente diferenciar tres categorías de terceros[15]: "a) terceros extraños al negocio, pero que tienen interés porque su posición jurídica está subordinada a aquella de la parte; b) terceros interesados, cuya posición es independiente e incompatible a los efectos del negocio; c) terceros normalmente indiferentes, pero que pueden estar legitimados, cuando se produzca un particular perjuicio por los efectos del negocio".

Por consiguiente, es importante tener en cuenta las dos funciones de la inscripción vinculada al "mutuo disenso"[16]. La función pública permite el conocimiento de la colectividad de determinadas situaciones jurídicas particularmente relevantes y la función privada resuelve los conflictos que pueden surgir entre varios sujetos en orden a determinadas mutaciones que involucren ciertos derechos sobre bienes inmuebles o muebles registrados. Ambas funciones buscan tutelar los intereses de los terceros en el sentido de que ellos confiarán con tranquilidad que existe correspondencia entre la situación jurídica resultante de los registros públicos y la real titularidad del bien.

DOCTRINA

FERRI, Giovanni Battista. Il negozio giuridico tra libertà e norma. Quinta edizione. Maggioli Editore, Rimini, 1995; FERRI, Giovanni Battista. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2002; MORALES HERVIAS, Rómulo. ¿Existen intercambios económicos sin acuerdo contractual? A propósito de las teorías del contrato y del negocio jurídico. En Revista Jurídica del Perú, Año LIV, N° 54, enero, Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo, 2004; MIRABELLI, Giuseppe. Delle obbligazioni dei contratti in generale (artt. 1321-1469). En Commentario del Codice Civile, Libro IV, tomo secondo (titolo II), terza edizione interamente riveduta e aggiornata, Utet, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1980; ROPPO, Vincenzo. Il Contratto. En Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001; BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico. Ristampa corretta della II edizione, Prima ristampa, a cura di Giuliano Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002; ALLARA, Mario. Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Volumen XI, Primera Parte, Tomo II, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Volumen XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; BIANCA, Massimo; PATTI, Guido y

(12) C. 11 de diciembre de 1998, N° 12476. Citada en: BIANCA, C. Massimo; PATTI, Guido y PATTI, Salvatore *Lessico di diritto civile, lessici di diritto*, Terza edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 479.

(13) BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile, Il Contratto*, Nuova ristampa con aggiornamento, Volume III, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998, pp. 699-700.

(14) BIANCA, C. Massimo, PATTI, Guido y PATTI, Salvatore. Ob. cit., pp. 478-479.

(15) MIRABELLI, Giuseppe, Ob. cit., p. 294.

(16) TOSCHI VESPASIANI, Francesco. "Riflessioni intorno al mutuo dissenso: spunti per il ripensamento di un dibattito nell'ottica di un raccordo tra opzioni dogmatiche e prassi negóciale", en *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLIX, N° 3, Maggio-Giugno, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003, p. 304.

PATTI, Salvatore. Lessico di Diritto Civile, Lessici di Diritto, Terza edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2001; BIANCA, Massimo. Diritto Civile, Il Contratto. Nuova ristampa con aggiornamento, Volume III, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1998; TOSCHI VESPASIANI, Francesco. Riflessioni intorno al mutuo dissenso: spunti per il ripensamento di un dibattito nell'ottica di un raccordo tra opzioni dogmatiche e prassi negóciale. En Rivista di Diritto Civile, Anno XLIX, N° 3, Maggio-Giugno, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL REGISTRAL

Noción de mutuo disenso

Por otro lado, el artículo 1313 del Código Civil, dispone: "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". H. Gustavo Palacio Pimentel define al mutuo disenso como "la convención que celebran las partes que tienen la libre disposición de sus bienes para dejar sin efecto un contrato". Luis Romero Zavala señala que, "el mutuo disenso, es producto de un acuerdo de voluntades con la finalidad de deshacer un acuerdo anterior". Ahora bien, por el mutuo disenso no se puede extinguir lo inexistente, tampoco se podría extinguir lo que ya no existe. Si el contrato se hubiera consumado, ya habría llenado su fin, cumplido el propósito que las partes preveyeron y nada habría ya que extinguir, es decir ya no podría dejarse sin efecto el contrato (**Resolución N° 184-2009-SUNARP-TR-A**).

El mutuo disenso como supuesto de resolución contractual

La causal sobreviniente a la celebración del contrato a que se refiere el artículo 1371 del Código Civil puede estar prevista en la ley (como el supuesto contemplado en el Artículo 1428 del Código Civil), en el contrato mismo (las típicas cláusulas resolutorias), o consistir en el simple acuerdo de voluntades (como el caso del mutuo disenso regulado por el artículo 1313 del mismo Código). Albaladejo define al mutuo disenso como el contrato atípico de efectos contrarios al que pretende extinguir, lo cual presupone que el contrato no está consumado, puesto que una vez consumado, nada liga a las partes. Debe precisarse que el autor se refiere a los efectos obligacionales del contrato cuya resolución se busca. El mutuo disenso, entonces, constituye un título extintivo de una relación jurídica vigente (**Resolución N° 465-2016-SUNARP-TR-A**).

Presupuesto del mutuo disenso

Es presupuesto para la resolución o el mutuo disenso de un contrato que sus prestaciones no se hayan ejecutado completamente o sean de ejecución continuada. Si está plenamente ejecutado dicho acuerdo puede calificarse como uno nuevo si reúne los elementos para ello (**Resolución N° 236-2015-SUNARP-TR-T**).

El mutuo disenso opera si las partes no ejecutan sus prestaciones

Para que opere el mutuo disenso, se requiere que el contrato no se haya consumado, es decir que las partes, o al menos una de ellas, no haya ejecutado totalmente sus prestaciones derivadas del contrato, en caso contrario, lo que se requiere es de un nuevo contrato en virtud del cual las partes se restituyan sus prestaciones (**Resolución N° 184-2009-SUNARP-TR-A**).

Las prestaciones no deben ser ejecutadas para que proceda el mutuo disenso

De otro lado, si bien es cierto que en la escritura pública de revocatoria presentada intervienen tanto los anticipantes y anticipada, en el presente caso no estaríamos frente a un mutuo disenso, puesto que este constituye un mecanismo de extinción de obligaciones, esto es, aplicable a contratos cuyas prestaciones no se han ejecutado en su integridad lo que no ocurre en el caso sub materia, toda vez, que la obligación derivada del anticipo (transferencia de propiedad) ha quedado íntegramente ejecutada, por lo que no sería aplicable el mutuo disenso (**Resolución N° 282-2007-SUNARP-TR-L**).

TÍTULO IX
INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO
Disposiciones generales

Inimputabilidad en la inejecución de obligaciones

Artículo 1314.- *Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*

Concordancias:
C.C. 1138 incs. 5) y 6), 1156, 1160, 1315, 1316, 1317, 1327, 1329, 1718, 1724, 1762; C.P.C. art. 515

GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ

1. Perspectiva de análisis: el mito de la culpa

Resulta imposible afrontar un estudio separado de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil, en la medida en que ambos se encuentran, directa o indirectamente, vinculados al tema de la "causa no imputable" en materia de incumplimiento. Pero difícil, mas no imposible, resultará la tarea de ubicar el verdadero y actual alcance del artículo 1314 del Código Civil dentro de un contexto codificado que parece haberse detenido en el tiempo y alejarse de la realidad, que es hoy muy distinta a la existente al inicio de la era de la codificación, la cual, con propiedad, cabe ubicarla a finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX. El desarrollo de la era de la codificación, en los sistemas latinos del *civil law,* ha servido al desarrollo industrial (RODOTÀ[1], 1964: 16-25; SALVI, 1998: 11-23; FRANZONI, 1993: 36-64) y por ello resultó muy útil en su momento construir toda la noción de la responsabilidad civil sobre la idea de la culpa ("ninguna responsabilidad sin culpa"), atribuyéndosele a esta noción, el rol de criterio de selección de intereses dignos de tutela.

Pero hoy parece incontestable el cambio de perspectiva de la responsabilidad civil que, enfrentando ya los resultados de la industrialización, ha dejado de ser concebida como una reacción al ilícito para pasar a ser entendida como una reacción al daño injusto; que de ser concebida bajo una óptica sancionatoria, ha pasado a ser concebida con una función esencialmente satisfactoria; y que de ser apreciada desde la perspectiva del agente emisor de voluntad, ha pasado a ser apreciada bajo la perspectiva de la víctima.

Pero siempre este avance conceptual que para algunos retrata una progresiva desvalorización del rol de la culpa, que de criterio de selección de intereses tutelados se coloca hoy como un criterio de atribución de responsabilidad, a la par de otros de naturaleza objetiva, no será sino el resultado de la dialéctica siempre presente entre dos posiciones irreconciliables: la de los tradicionalistas "burkianos" (aludiendo a los seguidores del pensador político británico Edmund Burke –1729/1797–, quien en su época de parlamentario inglés criticó las ideas de la Revolución Francesa, afirmando que la tradición "encarna la sabiduría de los

siglos y de las civilizaciones") (MONATERI, 1995: 605-606) y la de aquellos que creen que "(...) el progreso de la ciencia jurídica depende del coraje con el que los juristas emprendan una elaboración sistemática del derecho que no haga concesiones a la tradición solo porque es tradición (...)" (BOBBIO, 1950: 363-364).

2. La doctrina que funda la responsabilidad contractual sobre la culpa: la tesis subjetiva

Siendo un Código "ochocentista", el Code Napoleón, pilar de la codificación del Siglo XIX, representará en el *civil law* la "piedra angular" del modelo económico-liberal que desarrolla las ideas nacidas de la Revolución Francesa, destinado a proteger la propiedad como derecho básico en torno al cual giran los demás institutos, entre ellos, la responsabilidad civil, entendida como medio de protección de la propiedad.

Por esto, si el Code Napoleón acoge un modelo económico eregido sobre la base de la voluntad, recogido de los principios de libertad e igualdad proclamados por la Revolución Francesa, bien se entiende, como se ha expresado, que "(...) la autonomía negocial y la culpa no representarán otra cosa que el momento fisiológico y el momento patológico de la acción voluntaria del sujeto de derecho entendido como propietario (...)" (FRANZONI, 1993: 42).

La doctrina francesa clásica, en forma mayoritaria, desarrollada bajo el Code Napoleón, acogió entonces el reconocimiento de la responsabilidad contractual basada en la culpa, así como también la doctrina italiana desarrollada bajo el Código de 1865, difusor casi acrítico del Código francés, entendiendo a la culpa como "una violación de la diligencia debida", en donde "...la teoría de la culpa, fruto de la evolución de siglos de doctrina, de jurisprudencia y de legislación, había hecho remontar a través del derecho común, al Derecho Romano, y se mostraba la única en grado de dar un fundamento moral a la responsabilidad..." (DE LORENZI, 1981: 15-16); desarrollándose todo un pensamiento interpretativo de los artículos 1137, 1147 y 1148 del Code Napoleón (de los cuales eran equivalentes los artículos 1224, 1225 y 1226 del Codice italiano de 1865), a partir del cual se afirmó una *presunción de culpa* ante el incumplimiento de una obligación de índole contractual, indicándose que el incumplimiento era en sí mismo culpa (AUBRY et RAU, 1902: t. IV, n. 331, 406 a 408; COLIN y CAPITANT, 1924: t. III, 19) o afirmándose una *genérica presunción de culpa* (BAUDRY-LACANTINERIE, 1925: t. II, n. 153 y n. 171.B, 68 a 69 y 77; PLANIOL y RIPERT, 1946: t. VI, n. 377, 526 a 529).

La doctrina clásica italiana, comentarista del Código de 1865, siguiendo a la doctrina clásica francesa en esto, se preguntaba: "(...) el deudor que en el cumplimiento de la obligación omite la diligencia necesaria, está en culpa: pero ¿a cuál de las partes corresponderá la carga de establecer la existencia de este elemento subjetivo, esto es, de la imputabilidad al obligado del hecho injurioso, o bien la no existencia del mismo? (...). La prueba debe comprobar cuál comportamiento ha tenido el obligado: ¿Habrá de tener carácter negativo o bien positivo? El acreedor que alega la culpa ¿deberá demostrar la omisión de la diligencia (prueba positiva), o bien el deudor deberá aportar la prueba de haber adoptado la diligencia requerida (prueba negativa)? Y puesta la cuestión en tales términos, no parece haber duda que la carga de la prueba corresponda al deudor (...). Es esta una de las causas ya señaladas que separan la culpa contractual de la aquiliana. En la hipótesis de delito o cuasidelito, el ofendido debe demostrar la culpa (prueba positiva) del ofensor, porque el hecho imputable es el fundamento de la acción; mientras en la culpa contractual existe la relación precedente, por la cual el deudor ha asumido el deber de cumplir diligentemente una determinada prestación

(...)" (CHIRONI, 1897: n. 322, 711-712. En el mismo sentido: GIORGI, 1907: t. II, 6 ss.; COVIELLO, 1895; y POLACCO, 1915).

Empero, en la tesis clásica subjetiva se afirmó siempre –sin reparar en ella– una contradicción: *el deudor respondía por culpa, en base a una presunción, pero no se le permitía liberarse con la prueba de la diligencia (ausencia de culpa).* En esta tesis, la causa no imputable resultará entonces sinónimo de ausencia de culpa *(casus = non culpa),* por lo que "(...) caso fortuito es todo aquello que sucede no obstante la prestación de la diligencia debida (...)" (DE LORENZI, 1981: 17; COVIELLO, 1895: 11 ss.; CHIRONI, 1897: 688 ss.; GIORGI, 1907: t. II, 8 ss.). Por esto, aquí, cuando se habla del requisito de la "causa extraña" del caso fortuito, se hace referencia siempre a todo aquello que queda fuera de la voluntad del sujeto, por lo que, llegado el caso, el caso fortuito podía llegar a consistir en un propio hecho del obligado, en la medida en que haya mediado inimputabilidad.

2.1. La tesis de Barassi

Es dentro de este panorama que una nueva tesis planteada por Lodovico Barassi se presenta como la única coherente desde el punto de vista subjetivo, toda vez que, entendiendo el sistema de responsabilidad contractual como uno basado en la infracción del deber de diligencia, resulta siendo el único autor que, de un lado, concluye que basta la prueba de la ausencia de culpa para liberar al deudor y, de otro, afirma la existencia de diferencias entre los conceptos de ausencia de culpa y caso fortuito.

Así, admitiendo que el límite de la responsabilidad del deudor estaba dado por el deber de diligencia ordinario, el deudor podía liberarse de su obligación demostrando haber realizado el esfuerzo adecuado (la diligencia debida), "(...) pero a su vez podía ser para él más fácil exonerarse probando un evento que habría sido causa del incumplimiento (...)" (DE LORENZI, 1981: 22; GIARDINA, 1993: 28-32).

En general, sin embargo, el esquema teórico de Barassi se plantea presentando un régimen de responsabilidad ordinario basado en la ausencia de culpa y en donde el límite de la responsabilidad no está dado por la imposibilidad de la prestación, sino por la diligencia ordinaria. Empero, admite supuestos de responsabilidad agravada, como el representado precisamente por el caso fortuito, operante en aquellos supuestos en donde la ley ha querido someter al deudor a un régimen más estricto de responsabilidad (como los casos de transporte de cosas; depósito; comodato; o cajas de seguridad) y en donde la prueba de exoneración de responsabilidad no puede estar limitada a la demostración de un hecho negativo como la ausencia de culpa del deudor en la ejecución de la prestación debida, sino que debe consistir en la prueba de un hecho positivo –no imputable al deudor– suficiente para hacer imposible la ejecución de la prestación.

En este último caso, si el deudor no logra aportar la prueba positiva del caso fortuito, deberá responder por los daños causados por el incumplimiento (BARASSI, 1948: t. III, 364; MESSINEO, 1952: v. II-p. II, n. 113, 229; y para una visión general de esta problemática: ANELLI, 1990: 5-7).

2.2. La tesis de Demogue

No toda la doctrina francesa clásica siguió la tesis, en un inicio mayoritaria, planteada por Aubry et Rau o Baudry-Lacantinerie. Más allá de que algunos propugnaran tempranamente una responsabilidad objetiva basada en una noción de "culpa objetiva" (JOSSERAND, 1950: t. II - v. 1, n. 610 ss., 485 ss.; a los que pueden agregarse MEIGNIÉ, 1924; MARTON,

1935; y STARCK, 1947; todos citados por DE LORENZI, 1981: 16), dentro de la propia tesis subjetiva de la culpa destacó la posición de Demogue quien, refiriéndose a los artículos 1137, 1147 y 1148 del Código Civil francés, señaló que el artículo 1137 estaría referido a las denominadas obligaciones de medios, mientras que los artículos 1147 y 1148 estarían referidos a las obligaciones de resultado (DEMOGUE, 1931: t. V, n. 1237, 536 a 544; y t. VI, n. 153 ss. – n. 530 ss. – n. 597 ss., 161 ss., 565 ss., 642 ss.), lo que traería una diferenciación de consecuencias importante: el fundamento de la responsabilidad por incumplimiento en las obligaciones de medios sería una culpa efectiva, que conllevaría la necesidad de que el acreedor quede obligado a probar no solo el incumplimiento de la obligación, sino también la culpa del deudor; mientras que en las obligaciones de resultado el fundamento de la responsabilidad por incumplimiento se encontraría solamente en una presunción de culpa y, por lo tanto, correspondería al deudor probar en contrario (DE LORENZI, 1981: 15).

Esta posición ha sido seguida, aun cuando con variaciones y no exenta de críticas, por la gran mayoría de la doctrina francesa que, como se sabe, acogió con entusiasmo la diferenciación de las obligaciones en la categoría de medios y de resultado (MAZEAUD-TUNC, 1962: t. I-v. II, n. 694-2 a n. 694-4, 400 a 407; CARBONNIER, 1971: t. II-v. II, 554 a 557; PLANIOL y RIPERT, 1946: t. VI, n. 347 y n. 491, 528 y 686; y, en especial, la sustanciosa bibliografía que figura citada en CONSTANTINESCO, 1960: 219 ss.; VINEY-JOURDAIN, 1998: n. 528, 447; STARCK-ROLAND-BOYER, 1998: n. 1166 ss., 409 ss.; y CABANILLAS SÁNCHEZ, 1993: 18-19).

Pero será en Italia, a nuestro juicio, y ya bajo la vigencia del Código Civil de 1942, en donde se formulará la más valiosa y coherente construcción teórica sobre la utilidad de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado (*infra* 3.2). Corresponderá a Mengoni tal distinción (MENGONI, 1954), quien va a intentar formular una respuesta a la ya valiosa crítica que comenzó a formarse en Italia relativa a que en toda obligación existe siempre un resultado, y que encontró en Osti a su principal divulgador, a inicios del siglo XX.

3. La doctrina que funda la responsabilidad contractual en el fundamento objetivo del simple incumplimiento: la tesis objetiva

3.1. La tesis de Osti

Tempranamente –a inicios del siglo XX– (OSTI, 1918), aprovechando las gruesas contradicciones que presentó la teoría de la culpa, en su versión clásica francesa e italiana, Osti formula una novedosa tesis de ruptura con la herencia tradicional decimonónica: pretende sustentar que no debe hablarse más de un supuesto fundamento *per se* de la responsabilidad aceptado acríticamente en la culpa, sino que todo el sistema de responsabilidad contractual debe ser construido sobre el concepto de imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Es vital en la tesis de Osti el entendimiento de que el vínculo jurídico creado por la obligación no se agota en el incumplimiento. Muy por el contrario, producido el incumplimiento, debe reconocerse la consiguiente responsabilidad del deudor, dada la subsistencia del vínculo, a no ser que este se haya extinguido por haberse probado la causa no imputable (OSTI, 1954: 615-616).

Se plantea así la distinción entre imposibilidad objetiva y subjetiva, señalándose que solo la primera es liberatoria de la responsabilidad del deudor: este, entonces, siempre responde en caso de incumplimiento, a no ser que se aporte la prueba positiva de la causa no imputable, entendida ya como sinónimo de caso fortuito.

Resulta importante comprender, sin embargo, que Osti se encontró lejos de sustentar una responsabilidad contractual enteramente objetiva (VISINTINI, 1988: 6). Según este autor "(...) la culpa del deudor puede dar lugar a la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida de la prestación, pero no basta la ausencia de culpa para exonerar al deudor de responsabilidad por incumplimiento (...)" (VISINTINI, 1998: 5-6), lo que significa que "(...) si el deudor es liberado únicamente por la imposibilidad de la prestación, la responsabilidad contractual no puede tener otra cosa que un fundamento objetivo: no se basa en la culpa, sino en el incumplimiento objetivo. Solo si la imposibilidad es consecuencia de un acontecimiento imputable al obligado, la responsabilidad se mantiene y, en tal caso, se funda en la culpa (...)" (GIARDINA, 1993: 33).

3.2. La tesis de Mengoni frente a la tesis de Osti

Uno de los grandes aportes de Osti fue el de reinsertar y relevar en el debate doctrinario la importancia del concepto de "resultado útil", inherente al concepto mismo de obligación (que ya en la antigua doctrina había estado presente bajo la teoría del "bien debido"), aun cuando no se presente en su obra una abierta negación a la diferenciación de las obligaciones en los subtipos de "medios" y de "resultado". Para Osti, "(...) la prestación misma no se presenta como una actividad voluntaria del deudor, sino más bien como un *aporte de utilidad* para el acreedor, que se impone al deudor mismo y del cual debe responder este último, independientemente de su posibilidad y de su voluntad. En otras palabras, *lo que el deudor debe es siempre un resultado útil* (...), incluso cuando la prestación consista en una mera actividad; porque bien se pueden distinguir las prestaciones dependiendo de si ellas consisten en una mera actividad del deudor, o bien, en la efectiva actuación de un fin determinado, pero *la obligación siempre tiene por objeto un resultado*, consistente en un aporte de utilidad, aun cuando dicho aporte consista en una mera actividad (...)" (OSTI, 1954: 615).

Mengoni, por su lado, había intentado reformular la categoría desarrollada por Demogue, a punto de resistir la crítica profunda de la afirmación incontestable de que en toda obligación existe siempre un resultado, pues, si aquella es un vínculo de cooperación humana "mediante el cual un sujeto que ha experimentado una necesidad, busca satisfacerla a través de la cooperación de otro sujeto que tiene aquello que aquel no posee (...), resulta claro que un acreedor, para ser tal, siempre espera 'algo' de su deudor. Ese 'algo', no es otra cosa que el bien o utilidad que le procura el deudor por medio de la prestación, por lo que siempre existe un resultado en toda obligación (...)" (FERNÁNDEZ CRUZ, 1995: 60).

Para esto, Mengoni manifestó en su oportunidad: "(...) es verdad que no es concebible una relación obligatoria de la cual pueda ser excluido el momento del resultado debido, y es también verdad que ha pecado de simplicidad quien ha opuesto dicha característica como una suerte de *fin de non recevoir* en contra de la distinción de las obligaciones que estamos estudiando. La objeción no puede ser desatendida, pero sirve solamente para poner en evidencia el escaso rigor del lenguaje adoptado por Demogue y sus seguidores, imputable a un defecto de su planteamiento desde el punto de vista lógico-formal. Rectificado el ángulo visual de esta dogmática, reconocido que la unidad del concepto de obligación no puede ser puesta en tela de juicio y justificar la distinción, esta reaparece sustancialmente intacta. Ella no quiere significar la ausencia, en ciertas obligaciones, de un resultado debido, lo que sería absurdo, sino más bien separar las relaciones obligatorias en dos categorías, caracterizadas por una mayor o menor correspondencia del término final de la obligación (resultado debido) al término inicial, esto es, al interés que subyace en el origen de la obligación (...)" (MENGONI, 1954: 188).

Esto es que, según la tesis desarrollada por Mengoni, en toda obligación cabe distinguir dos tipos de resultado: primeramente, un "resultado último", *que no estaría debido in obbligazione* y que sería calificable como un "resultado mediato" o "resultado fin" y que constituye siempre la razón o motivo que impulsa a un sujeto a vincularse con otro; y, separadamente considerado, un "resultado próximo", que sí estaría siempre *in obbligazione* y que constituye el "resultado inmediato" de la obligación. En las obligaciones de medios, el resultado debido por el deudor –se dice– es "una simple actividad diligente", aunque no consiga el "resultado último" –no debido *in obbligazione*– a que tal actividad va dirigida. Por esto, en las emblemáticas obligaciones profesionales médicas, se dice –por ejemplo– que el médico cirujano no queda obligado a "curar al paciente" (aunque esto pueda de hecho representar el "resultado último" querido por el paciente y que lo llevó a vincularse con el médico para ser tratado), sino solo a desplegar su conducta diligente para atender al paciente, lo que puede, en sí mismo, ser considerado un "resultado próximo". Así, algunos han pretendido considerar superadas las críticas de Osti admitiendo que "ninguna extrañeza debe causar, que lo que, como actividad diligente, es contenido de la prestación de medios, se nos presente, al mismo tiempo, como *resultado* (si la consideración teleológica se refiere al interés inmediato o próximo del acreedor: aquel jurídicamente protegido por el contenido de la relación obligatoria); y como *medio* de un fin o resultado ulterior (si nos atenemos al interés último del acreedor, que está ya fuera del contenido de la obligación y de la prestación debida)" (JORDANO FRAGA, 1991: 16. Sobre el particular, ver también: MENGONI, 1954: 187-188).

Sobre este punto, repárese que si bien, en apariencia, no hay una abierta discrepancia entre las tesis de Mengoni y Osti, en realidad, si se aprecia con detenimiento, podrá apreciarse que sí existe una diferencia ontológica.

Para Mengoni, la conducta del deudor puede ser en sí misma considerada como un resultado. Es decir, *puede llegar a constituir el resultado útil comprometido en el deber de prestación*; reorientándose con ello la definición clásica de lo que se llamó "obligaciones generales de prudencia y diligencia", en donde la conducta debida recaía exclusivamente en un comportamiento diligente; en el desarrollo de una actividad que, en sí misma considerada, producía un efecto útil, excediendo, sin embargo, del deber de prestación a cargo del deudor el "resultado" de tal comportamiento (BETTI, 1969: t. I, 39; BIANCA, 1979: 32).

En cambio, para Osti, "la obligación siempre tiene por objeto un resultado consistente en un aporte de utilidad", y aun cuando ni él mismo lograra captar con nitidez lo sustancialmente distinto de su afirmación con la tesis de Mengoni (pues, de un lado, afirmó que "dicho aporte de utilidad puede consistir en una mera actividad", para luego indicar que, "en efecto, yo sostengo que el objeto de la obligación es siempre un resultado en relación con el vínculo del deudor, es decir, en el sentido de que en todos los casos el deudor está obligado a llevar a cabo la prestación, sin importar cuál sea esta, a menos que devenga objetivamente imposible (...)" (OSTI, 1954: 616 y nota a pie de página n. 41), plantó una semilla que ulteriormente germinó, a punto tal de sostenerse hoy, por una vasta e importante doctrina (véase por todos: COTTINO, 1955: 75; BIANCA, 1991: t. 4, 73-75; GIORGIANNI, 1965: v. XI, 598) que "debe negarse que existan obligaciones en las cuales no sea debido un resultado y otras en donde sea debido un resultado y no el esfuerzo necesario para conseguirlo (en contra: SCHLESINGER, 1998: 63). En realidad, un resultado, entendido como momento final o conclusivo de la prestación, *es debido en todas las obligaciones* (...)" (BIANCA, 1979: 32-33).

Cabe advertir, sin embargo, que en lo que respecta a la aplicación del artículo 1218 del Código Civil italiano, tanto Mengoni como Osti concuerdan con que el mismo debe aplicarse

a todo tipo de obligaciones (MENGONI, 1954: 201 ss.; OSTI, 1954: nota a pie de página n. 36), pese a que Osti interpretara que Mengoni, ante la promulgación del Código Civil italiano de 1942, había seguido la argumentación de Demogue, intentando conciliar los artículos 1176 y 1218 del Código Civil, reservando la aplicación de la primera norma (diligencia en el cumplimiento) a las obligaciones de medios, en tanto que el artículo 1218 (responsabilidad del deudor) sería de aplicación solo a las obligaciones de resultado.

4. La aparente opción del codificador peruano

Ante este variopinto panorama doctrinario, cabría *prima facie* preguntarse sobre la pretensión del codificador peruano al promulgar las normas sobre inejecución de obligaciones, sin olvidar que la "intención del legislador" puede resultar encontrándose, como resultado, muy alejado de la "intención de la ley". Particularmente, resultan de especial interés los comentarios vertidos sobre los artículos 1314, 1315, 1316 y 1329 del Código Civil peruano.

En particular, cabría primero preguntarse: ¿a qué doctrina ha pretendido adscribirse el legislador del Código Civil peruano al consagrar en el artículo 1314 que encabeza las disposiciones generales sobre inejecución de obligaciones, una hipotética regla general de responsabilidad fundada en la infracción de la regla de diligencia, para luego también consagrar en el artículo 1329 una presunción general de culpa?

En este empeño hay que reconocer la genuina sinceridad del ponente del Libro de las Obligaciones quien, refiriéndose a las normas contenidas en los artículos 1314 y 1315 del Código Civil, ha señalado lo siguiente:

> "El nuevo Código distingue la causa no imputable o ausencia de culpa –como concepto genérico– de los casos fortuitos o de fuerza mayor –conceptos específicos de causas no imputables– (...)".
>
> Para agregar luego, refiriéndose específicamente al artículo 1314, lo siguiente:
>
> "El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico o exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa...".

Y después, siguiendo en esto a Messineo, señala que:

> "La regla general para exonerarse (...) es la presencia de una causa no imputable (hecho negativo), mientras que en otros casos es necesaria la prueba más gravosa del caso fortuito o de fuerza mayor (hecho positivo tampoco imputable). Parece claro, entonces, que en la ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o de fuerza mayor, esto es la causa del incumplimiento debido a un evento de origen extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa, el deudor está simplemente obligado a probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación. La ausencia de culpa se prueba acreditando la conducta diligente; a diferencia del evento fortuito, cuya prueba, a veces más severa, requiere

> identificar el acontecimiento y otorgarle las características señaladas de extraordinario, imprevisible e irresistible (...)" (OSTERLING, 1988: 198, 199, 201 y 202. En el mismo sentido: OSTERLING y CASTILLO, 2003: t. XI, 561-565).

De la teoría clásica francesa de Baudry-Lacantinerie, parece haberse recogido la presunción general de culpa acogida en el artículo 1329 del Código Civil peruano. Empero, resulta claro que –a diferencia de dicho autor y de todos los autores franceses e italianos clásicos– el ponente tiene claro que no puede caer en la contradicción de pretender afirmar un fundamento subjetivo a la responsabilidad contractual para luego reconocer solo en la imposibilidad sobreviviente de la prestación eficacia liberatoria (VISINTINI, 1979: 15. Similarmente: VISINTINI, 1987: 82), proclamando que "basta (...) actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular (...)" (OSTERLING, 1988: 199); esto es, reconoce a la ausencia de culpa como regla general de exoneración.

No parece tampoco la posición del ponente acoger la tesis de Demogue estableciendo una diferenciación en la aplicación de las reglas de responsabilidad/exoneración entre las llamadas obligaciones de medios y de resultado, reservando la aplicación del artículo 1314 del Código Civil peruano para las primeras de las nombradas, y el artículo 1315 a las obligaciones de resultado. Y no lo es tanto desde el punto de vista del dato legislativo, como de la intención del legislador.

Desde el punto de vista legislativo, por cuanto, de un lado, no existe acogimiento expreso de la diferenciación ontológica de la obligación en de medios y de resultado en ningún artículo de la codificación civil y, de otro, por cuanto el texto del artículo 1329 del del Código Civil peruano no hace tampoco diferenciación alguna sobre su ámbito de aplicación, resultando que la presunción general de culpa contenida en este artículo legal, será de aplicación a cualquier tipo de obligación, sea esta de dar, hacer, o no hacer (OSTERLING, 1988: 216).

Desde el punto de vista de la intención del legislador, resulta también claro el no acogimiento de la diferenciación de la noción de obligación atendiendo a la naturaleza del deber de prestación, en obligaciones de medios y de resultado. Así, refiriéndose a esta diferenciación, el ponente ha expresado que:

> "Como corolario de todo lo expuesto, debemos subrayar que si se aceptaran las diferencias esbozadas por un sector de la doctrina entre obligaciones de medios y de resultados, ello afectaría considerablemente el tema probatorio en caso de inejecución de obligaciones.
>
> Sin embargo, como tal distinción es artificiosa, la prueba debe efectuarse de acuerdo con lo prescrito en el Código Civil peruano de 1984, vale decir, que se regirá por lo dispuesto en los artículos 1329, 1330 y 1331 de dicho cuerpo sustantivo. En tal sentido, fue claro para el legislador nacional que tal distinción resulta ficticia, razón por la cual no la aceptó (...)" (OSTERLING y CASTILLO, 2003: t. X, 225).

Pareciera entonces que la posición del legislador ha sido la de acoger la tesis de Barassi (aunque nunca se haga –en la obra del ponente– referencia expresa al seguimiento del pensamiento de este autor), quien, partiendo de la formulación de un concepto de obligación como "esfuerzo de voluntad" o "desarrollo de energías de trabajo", admitió como regla general de exoneración de responsabilidad a la ausencia de culpa; lo que pareciera estar recogido en el artículo 1314 del Código Civil peruano.

Empero, lo que no resulta claro del todo, concorde con el pensamiento de Barassi, es la posición del ponente sobre la naturaleza y el rol que cumpliría el caso fortuito:

Se parte de una diferenciación de una "causa no imputable genérica" equivalente a la noción de ausencia de culpa, de "causas no imputables específicas" que serían los conceptos de caso fortuito o fuerza mayor (OSTERLING, 1988: 198); afirmando con toda claridad como regla general exoneratoria de responsabilidad a la ausencia de culpa y en donde, para no responder, basta la probanza de un hecho negativo: la no culpa; esto es que "se prestó la diligencia que exigió la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación (...)" (OSTERLING, 1988: 199), diferenciándose –a nivel de régimen probatorio– del caso fortuito o fuerza mayor en donde, para no responder, debe aportarse la prueba de un hecho positivo: el acontecimiento de un hecho extraordinario, imprevisible y/o irresistible (OSTERLING, 1988: 201).

Hasta aquí pareciera acogerse íntegramente la tesis de Barassi, quien, ya bajo la vigencia del Código Civil italiano de 1942, recondujo las reglas de responsabilidad/exoneración hacia un parámetro general en donde el límite de la responsabilidad del deudor estaba dado por el deber de diligencia media de este, sin perjuicio de la existencia de "responsabilidades agravadas" en donde la prueba liberatoria de responsabilidad se hacía más estricta: la imposibilidad, entendida en forma absoluta (BARASSI, 1948: t. III, n. 301 bis, 271). Con esto, la coherencia del más ilustre subjetivista italiano se mantuvo firme: se superó la concepción subjetiva del caso fortuito, en donde la demostración de la ausencia de culpa era prueba al mismo tiempo del caso fortuito (*casus = non culpa*), admitiéndose entonces un ámbito objetivo en el alcance de este supuesto liberatorio de responsabilidad, y en donde la ausencia de culpa siguió siendo necesaria pero no suficiente para probar el caso fortuito (DE LORENZI, 1981: 18): la "extraneidad" del fortuito ya no se refiere a todo aquello que resulte ajeno a la *voluntad* del deudor, sino que "...la concepción objetiva del fortuito desenvuelve (...) en sustancia, el rol de colocar en el deudor el riesgo de impedimentos no imputables directamente a su culpa, empero no así extraños a su esfera económica, de modo de no poder ser por él controlados (...)" (VISINTINI, 1979: 12; VISINTINI, 1987: 79).

¿Ha pretendido adoptar el legislador peruano la concepción subjetiva u objetiva del fortuito?

Si se repara en la redacción de los artículos 1138, numeral 5; 1156; y 1160 del Código Civil peruano, pareciera que se ha adoptado la concepción subjetiva del fortuito, al hacerse sinónimas las expresiones "sin culpa de las partes" y "caso fortuito" (*casus = non culpa*); corroborado al parecer por la propia expresión del ponente cuando, refiriéndose a los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, señalaba que:

> "Como ya se ha expresado, ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor y, desde luego, *independientes de su voluntad. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa.* Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables (...)" (OSTERLING, 1988: 199).

Personalmente, quisiéramos creer que lo que ha querido decir el legislador con la expresión antes transcrita, es que en todo acontecimiento calificable como caso fortuito o fuerza mayor, la valoración de la ausencia de culpa es necesaria, pero no suficiente para la probanza de aquel hecho positivo (lo que se vería reforzado con la inicial opinión del ponente que considera al fortuito como un supuesto de responsabilidad agravada), pero tememos que el

articulado del Código en general en materia de obligaciones lleve –en términos literales– a la conclusión de que se ha acogido el binomio *casus = non culpa.*

En conclusión, creemos que la opción del codificador peruano ha sido la de:

a) Establecer una regla general de exoneración de responsabilidad contenida en el artículo 1314 del Código Civil, basada en la prueba negativa de la ausencia de culpa; en apariencia coherente con la presunción general de culpa recogida en el artículo 1329, aplicable a todo tipo de obligaciones.

b) Negar el acogimiento de la diferenciación ontológica del concepto de obligación, en función a la naturaleza del deber de prestación, en obligaciones de medios y de resultado.

c) Acoger una concepción objetiva del caso fortuito, entendiendo el carácter de "extraneidad" de este supuesto liberatorio de responsabilidad como uno que implica la probanza de un hecho positivo: la imposibilidad sobreviniente de la prestación por causa no imputable; sin reparar que, por otro lado, lo dicho por el propio ponente en la redacción de los artículos 1138, numeral 5); 1156 y 1160 del Código Civil peruano, podría fácilmente llevar a la "acera opuesta": el entendimiento de la "extraneidad" del fortuito como todo aquello que es ajeno a la actividad consciente y voluntaria del deudor (concepción subjetiva).

5. La relectura del artículo 1314 del Código Civil peruano

5.1. La diligencia frente a la imposibilidad de la prestación: artículos 1314 y 1316, primer párrafo

Más allá de la intención del legislador, e inclusive, más allá de una interpretación literal de las normas contenidas en el Libro de las Obligaciones del Código Civil peruano, cabe preguntarse si resulta inexorable la conclusión de que en materia de reglas responsabilidad/exoneración se ha acogido una tesis subjetiva.

Para intentar una respuesta a esta pregunta, tendrá mucho que ver, primeramente, la noción de obligación que se adopte y el concepto y la función de la diligencia que se acoja en sede contractual.

Para esto, debe repararse que si aceptamos que en toda obligación existe siempre comprendido un resultado útil para el acreedor, deberá aceptarse también entonces que el interés de este está centrado en dicha utilidad ante todo, por encima del esfuerzo que realice el deudor para procurarle dicha utilidad. La prestación sigue siendo entendida como un elemento vital en el concepto de obligación, pero ya no como fin de esta, sino como el instrumento de cooperación a través del cual se procura al acreedor el resultado útil esperado.

En este orden de ideas, resultará indispensable –como lo ha hecho ya la doctrina comparada– ampliar el concepto clásico de diligencia que de "medida del comportamiento del deudor en la ejecución de la prestación debida" (RODOTÀ, 1964[2]: 540) ha pasado a ser entendida como una "regla de control de los impedimentos sobrevenidos (...)" (DI MAJO, 1997: 59) y, por ello, no más entendida como límite de la responsabilidad debitoria, comprendiendo una serie de deberes integrativos cuyo origen no es más únicamente la voluntad del sujeto, sino, por ejemplo, el principio de la buena fe.

Así, si hoy no solo cabe entender a la relación contractual como una relación compleja, sino a la propia relación obligatoria que correlaciona una situación de deber (deuda) con una de derecho subjetivo (crédito), involucrando una complejidad en las propias nociones de deuda y crédito (DÍEZ-PICAZO, 1980: 125-140; DI MAJO, 1998: 25-26; CABANILLAS SÁNCHEZ, 2000: 154), no debe dudarse que el concepto de diligencia no puede estar limitado a la medida del deber de prestación, sino que, por el contrario, está referido más bien al *deber de protección* involucrado en la situación jurídica subjetiva compleja de deber, entendiéndose por algunos como el "deber genérico de protección, puesto a tutela de la esfera patrimonial del acreedor para el caso en que el deudor, en el cumplimiento de la obligación, haya ocasionado con su propio comportamiento ocasiones de daños a los bienes o a la persona del acreedor, independientemente del hecho que la prestación a ejecutarse haya o no sufrido perjuicio..." (MAJELLO, 1958: 137-138).

Y es que, en la postura clásica tradicional, el deber de protección –vinculado necesariamente a una conducta diligente– solo es imaginable como modalidad de la prestación (de allí la discusión sobre la existencia de obligaciones de medios y de resultado), mientras que hoy, a partir de las enseñanzas de la doctrina alemana (CANARIS, LARENZ, ESSER-SCHMIDT, FROST), se entiende que el deber de protección no está necesariamente unido con el deber de prestación (CABANILLAS SÁNCHEZ, 2000: 67).

Aquí radica el "quid" de una confusión generalizada: no se puede identificar la conducta de prestación, con la conducta de protección de la obligación (MICCIO, 1971: v. I, 181); esto es, la conducta del deudor cual modo de cumplimiento (deber de prestación) y el esfuerzo que se le exige al deudor para superar obstáculos al cumplimiento (deber de protección).

Por esto, uno de los grandes problemas interpretativos y de conexión entre los artículos 1314, 1315 y 1316, primer párrafo, del Código Civil peruano, radica en la coordinación de los significados y los alcances de las nociones de diligencia e imposibilidad que, para nosotros, representa una dificultad aún mayor que para la codificación italiana, la cual, como se sabe, contiene la regla de la diligencia en las normas sobre "cumplimiento de las obligaciones" (artículo 1176), mientras que la regla sobre la imposibilidad se ubica dentro del capítulo referido al "incumplimiento de las obligaciones" (artículo 1218). En el Código Civil peruano, ambas normas se encuentran dentro del título referido a la "inejecución de obligaciones" (1314, de un lado, frente a los artículos 1315 y 1316, del otro).

Esta será entonces la razón, por más que deseemos otra lectura, por la cual en la codificación peruana no puede desvincularse la medida de diligencia del razonamiento sobre la imposibilidad, de modo tal que solo cabe darle sentido en la codificación peruana a la famosa frase "la irresponsabilidad del deudor se presenta donde termina el deber de diligencia y comienza la imposibilidad".

5.1.1. El concepto de imposibilidad del artículo 1316, primer párrafo

La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor, señala el artículo 1316, primer párrafo, del Código Civil peruano.

Si como hemos afirmado, la coordinación de los artículos 1314-1315-1316 del Código Civil dentro de las normas sobre inejecución de obligaciones debe significar que "la diligencia termina donde empieza la imposibilidad", cabe preguntarse sobre qué concepto de imposibilidad cabe hablar dentro del Código Civil.

Al respecto, deben señalarse hasta tres posibles orientaciones:

a) Que la imposibilidad, como límite de responsabilidad del deudor, sea absoluta y objetiva. Absoluta, en los términos planteados por Osti, significa que, en función de la *intensidad* del impedimento, este se presenta de modo tal que no puede ser vencido de ningún modo por las fuerzas humanas (OSTI, 1918: 220); esto es, que el impedimento que se presenta sea de tal naturaleza que "no pueda ser superado de ningún modo cualquiera que sea el esfuerzo aplicado" (BIANCA, 1991: t. 4, n. 267, 531).

Es objetiva, en función a la *extensión* del impedimento y se atiene a la prestación en sí misma considerada: cuando esta no es susceptible de ser ejecutada por ninguna persona y no solo por el deudor (OSTI, 1918: 216).

En consecuencia, cuando se dice que la imposibilidad para calificar como límite de la responsabilidad debe ser objetiva y absoluta, se quiere significar que la prestación no pueda ser ejecutada, pese al esfuerzo que quepa desplegarse, por ningún sujeto y no solo por el deudor colocado en posición de cumplir.

b) Que la imposibilidad, como límite de la responsabilidad del deudor, sea relativa, pero siempre objetiva. Esto es, que el análisis de la imposibilidad se realice en función "al contenido de la concreta relación que se trate así como resulta determinada por su fuente" (DI MAJO, 1997: 58), pero que no quepa ser realizada por ninguna persona que pudiera colocarse en la posición de deudor.

c) Que la imposibilidad, como límite de la responsabilidad del deudor, sea relativa y subjetiva. Esto es, medida "en función a un impedimento que no pueda ser vencido sino con una intensidad de esfuerzo, de sacrificio, de diligencia, superior a un cierto grado considerado como típico, como normal, como medio, o como apropiado a la particular obligación que se trate" (OSTI, 1918: 220), referida concretamente a la posición del deudor, pese a que podría ser ejecutado por otros (esta es la posición, por ejemplo, de BIANCA, 1991: t. 4, 534-535).

Como bien se ha señalado (DI MAJO, 1997: 57-58), el acogimiento del análisis de la imposibilidad como absoluta y objetiva mantiene totalmente divorciada la regla de la diligencia con el juicio de responsabilidad; mientras que la posición que acoge el análisis de la imposibilidad como relativa y subjetiva, parte de una noción de imposibilidad sobrevenida de la prestación entendida como "una situación impeditiva del cumplimiento que el deudor no está en grado de superar ni de prever con la diligencia requerida" (BIANCA, 1991: t. 4, 528 y 534-535) y, por lo tanto, vincula la regla sobre la diligencia en la determinación misma de la noción de imposibilidad liberatoria.

Por nuestra parte, creemos como Di Majo y Betti (DI MAJO, 1997: 58; BETTI, 1969: t. I, 125] que *el juicio de imposibilidad debe siempre ser objetivo*, pues afirmar una imposibilidad subjetiva implicaría reconocer a la diligencia (y no a la imposibilidad misma) como límite de la responsabilidad del deudor. Cabe en cambio discutir y, eventualmente, admitir que la imposibilidad sea relativa, desde que "la prestación debida en los varios tipos de relación puede ser diversa y reclama un esfuerzo de cooperación distinto (...)" (BETTI, 1969: t. I, 125).

Creemos, además, que esta es la interpretación que mejor se adapta a la normatividad legal peruana y a la "zona de frontera" entre diligencia e imposibilidad como reglas de responsabilidad/exoneración, toda vez que el grado de esfuerzo exigible a un deudor para superar obstáculos al cumplimiento, de hecho varía según la utilidad comprometida en el deber de prestación.

5.1.2. El concepto de diligencia acogido por el artículo 1314 del Código Civil

Si como ya hemos indicado (*supra* 5.1), no debe confundirse la conducta del deudor como modo de cumplimiento, del esfuerzo que se le exige al deudor para superar obstáculos al cumplimiento, puede apreciarse cómo puede reconducirse la interpretación correcta de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil.

El artículo 1314 enuncia entonces una regla general que corre paralela al artículo 1315, estableciendo a la diligencia como patrón de medida de la responsabilidad, pero con un contenido diverso al asignado por la teoría clásica tradicional: no se trata de un patrón que mide la conducta del deudor como modalidad de la prestación (deber de prestación), sino como un patrón que mide el deber accesorio de colaboración encarnado en los deberes de protección.

Repárese que al haber admitido que en toda obligación hay un resultado, lo que hemos afirmado es que toda obligación provee un resultado útil al acreedor, que debe precisamente ser llamado *utilidad*.

Lo que la teoría clásica no estuvo en capacidad de apreciar es que las utilidades comprometidas en el deber de prestación pueden ser materiales o inmateriales:

a) Cuando son materiales (en las obligaciones de dar o en las de hacer que devienen en un dar, por ejemplo), el deber accesorio de protección (diligencia) reclamado al deudor se extiende hasta el punto de obligarlo a realizar todo lo que esté a su alcance para evitar que causas ajenas a él no le impidan cumplir, salvo que lo venzan (por ser extraordinarias, imprevisibles y/o irresistibles). Esto es que el deudor debe vigilar, antes que el desenvolvimiento de su propia conducta, el hecho de que causas ajenas a su esfera económica no le impidan cumplir.

Por esto, aquí, resulta claro e incuestionable que el deudor responde siempre, a no ser que pruebe la causa no imputable, pues la diligencia misma, en este tipo de obligaciones, no puede ser sino una prueba de cumplimiento, dado que, de haber sido diligente el deudor, necesariamente le habrá procurado la utilidad esperada al acreedor (a no ser que se haya verificado y probado una causa ajena); de allí que "quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación". Si la diligencia llega hasta el límite de la imposibilidad, quien actúa con la diligencia requerida *cumple* (pues el resultado de tal comportamiento diligente no puede ser otro que el haberle procurado la utilidad esperada al acreedor). Solamente deja de cumplir, por causa imputable, en dos hipótesis:

1. Si incumpliendo con sus deberes de diligencia, ha dejado que se afecte la utilidad comprometida en el deber de prestación.

2. Si no aporta la prueba positiva de la imposibilidad liberatoria.

Todo esto, como se verá más adelante, resulta siendo cierto en la medida en que los deberes de protección del deudor estén conectados con el deber de prestación; esto es, que se trate del tipo de deberes de protección que coadyuvan a la realización del deber central.

El "quid" de la tesis se encuentra en romper el dogma conceptual de "diligencia/culpa". El concepto de diligencia no deber ser más entendido como el concepto antitético de la culpa, pues la diligencia es un deber impuesto por la propia noción de obligación y responde al binomio débito/responsabilidad (DI MAJO, 1997: 59; VISINTINI, 1987: 225; CASTRONOVO, 1979: 506 ss.), por lo que no es sino una manifestación más (la diligencia) del principio de que "se responde, porque se debe, no porque se realice un comportamiento (subjetivamente) reprobable (...)"; o, como bien se ha expresado con propiedad "se responde, pues,

en tanto la obligación pervive y pervive insatisfecha; se deja de responder cuando la obligación se extingue por imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor (...)" (JORDANO FRAGA, 1987: 35 y 76).

b) Cuando las utilidades comprometidas en el deber de prestación son inmateriales (en las obligaciones de puro hacer o de no hacer, por ejemplo), la situación no es muy distinta: el deber accesorio de protección o deber de diligencia del deudor se extiende también hasta el punto de realizar todo lo necesario a fin de evitar que causas ajenas a él no le impidan cumplir, por lo que "las reglas de responsabilidad/exoneración contractuales son las mismas para todas las obligaciones y para cada una de sus formas de infracción (...)" (JORDANO FRAGA, 1991: 94). Lo que sucede es que, al depender la utilidad de la forma en que ejecuta la prestación el deudor, pues esta es resultado estricto de su obrar o de su abstención, el deber accesorio de protección a cargo de aquel tiene una intensidad diversa; o, expresado con mayor propiedad, le exige un mayor grado de colaboración al deudor: debe vigilar no solo que causas ajenas a él no le impidan cumplir, sino el desenvolvimiento de su propia conducta, pues –como se dijo–, es a través de esta conducta que se le da al acreedor el resultado inmaterial esperado.

Algunos creerán que esta es una diferenciación excesivamente sutil en relación a la clasificación de las obligaciones en de medios y de resultado. Ello no es así; la diferencia es absoluta: por ejemplo, en las obligaciones profesionales médicas, que son presentadas por la doctrina tradicional como típicas obligaciones de medios, se dice que el médico que opera no promete la cura al paciente, por lo que este resultado está fuera de la obligación. El médico solo se ha obligado a emplear, durante la operación quirúrgica, su "leal saber y entender", por lo que solo puede responder en caso de no haber empleado la diligencia (pensada a nivel del deber de prestación) debida. Al respecto, es fácil apreciar que si en toda obligación hay un aporte de utilidad, es imposible que el paciente no espere nunca nada del médico cirujano. Si el médico no estuviese en capacidad de proporcionarle algún resultado, simplemente el paciente no se vincularía. Obviamente, todo paciente desearía que se le garantice como resultado la cura, pero si esto no es posible, desea siempre un resultado (que es inmaterial): la operación exactamente ejecutada (BIANCA, 1979: 33) que le proporciona el resultado de mejorar su posición de salvamento. Este resultado, "la mejora de la posición de salvamento" (probablemente si el paciente no se opera, se muere), es un resultado bien diverso a la cura del paciente, pero siempre un resultado.

Y justamente, no ubicar el deber de diligencia a nivel del deber de prestación permite contestar la argumentación de la ausencia de culpa como supuesto exoneratorio de responsabilidad.

Se dice que basta –a nivel del deber de prestación– actuar con la diligencia debida para no responder. Entonces, si ello fuere así, cuando el deudor aporta la prueba de la ausencia de culpa (prueba de que actuó diligentemente), estaría probando que *cumplió* la obligación, pues le habría alcanzado al acreedor el resultado esperado (JORDANO FRAGA, 1987: 176).

En el caso de la operación quirúrgica, el resultado esperado es la mejora de las posibilidades de salvación del paciente. Si este muere, es razonable presumir que el deudor no le habría dado el resultado esperado al paciente. Empero, si el médico prueba que operó, y que operó bien, lo que estaría probando no es una "causa no imputable" que haya extinguido la obligación, sino que esta (la obligación) ha sido cumplida: se le otorgó al paciente la mejora de sus posibilidades de salvación (que a la postre no fueron suficientes para que sanara, pero respecto a lo cual –la cura– el médico nunca se obligó), por lo que la obligación se extingue, sí, pero se extingue por cumplimiento.

Esta es la principal razón por la cual todas las teorías que pretenden sustentar a la ausencia de culpa como causa no imputable general, o como supuesto específico de exoneración de responsabilidad contractual, son erradas: la mal llamada prueba de la ausencia de culpa, es una prueba del cumplimiento de la obligación y no de su incumplimiento; y esto es aplicable a las obligaciones que involucran en su deber de prestación utilidades tanto materiales como inmateriales. En ambas, el deber accesorio de protección de la obligación o deber de diligencia llega hasta el límite de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable: se responde siempre por el deber asumido, que ha obligado al deudor a proteger la utilidad comprometida en el deber central (deber de prestación), a no ser que se pruebe la causa no imputable (caso fortuito o fuerza mayor).

5.1.3. Las interpretaciones posibles intentadas y la tutela contractual de los deberes de seguridad

Fuera de la tesis clásica tradicional de la "ausencia de culpa" como supuesto general exoneratorio de responsabilidad, ha habido en sede nacional pocos intentos de revisar el ámbito de aplicación de los artículos 1314, 1315 y 1316 del Código Civil peruano.

Digno de destacar fue un primer intento realizado por Barreto Quineche, discípulo nuestro, en el año 1993, para quien la aparente oposición de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil se salvaría entendiendo que solo puede liberarse de responsabilidad el deudor, "en tanto 'la causa' que haya generado la imposibilidad tenga las características exigidas por el artículo 1315 del CC, pese a que la probanza se realice de manera negativa, a través de lo consignado en el artículo 1314 (...)". Esto es que, en realidad, lo único que habría hecho el artículo 1314 del Código Civil sería enfocar la prueba de la causa no imputable liberatoria –el caso fortuito– desde otra óptica, la negativa: "somos partícipes [decía] de considerar que, cuando dicho artículo exige la prueba de 'la diligencia ordinaria requerida', no es sino otra manera de exigir la constatación del caso fortuito. O sea, mientras el artículo 1315 exige la probanza del caso fortuito de una manera positiva, el artículo 1314 constata su existencia de una manera negativa, por exclusión (...)" (BARRETO QUINECHE, 1993: B-15).

Otro intento loable ha sido realizado también por Palacios Martínez, otro discípulo nuestro (aunque más de nuestro recordado amigo Lizardo Taboada), quien, manejando una prolija bibliografía, nos ha recordado que el hecho liberatorio de la causa no imputable es de naturaleza dual-compleja, "necesitando la confluencia de dos elementos para operar su efecto": un elemento objetivo representado en la imposibilidad sobreviniente de la prestación; y un elemento subjetivo representado por la no imputabilidad de dicha imposibilidad a la persona del deudor; por lo que "la distinción, así configurada, de los elementos del hecho liberatorio, permite explicar coherentemente la redacción poco feliz, por decir lo menos, del controvertido artículo 1314 del Código Civil, base sobre la cual muchos autores optan por un sistema de responsabilidad contractual subjetivo, basado en la culpa. Se puede así sostener, aplicando la hermenéutica sobre el texto legal y con ánimo de defender la armonía y sistemática del ordenamiento con los lineamientos teórico-dogmáticos esbozados anteriormente, que el artículo 1314 del Código Civil no consagra que el deudor se libera tan solo actuando con la 'diligencia ordinaria', sino que dicho artículo establece solamente el requisito subjetivo de la imposibilidad (...)" (PALACIOS MARTÍNEZ, 1997: 247-248).

Estos intentos –loables por cierto– creemos que resultan, sin embargo, solo aproximaciones a la esencia del problema.

Lo que el artículo 1314 del Código Civil realiza, en principio, es el enunciado general de la prueba del cumplimiento de las obligaciones con la actuación diligente del deudor (es decir, que la mal llamada prueba de la "ausencia de culpa" es una prueba de cumplimiento de la obligación), cuando la conducta de protección asumida por el deudor en la situación jurídica subjetiva de deuda coadyuva a la consecución de la utilidad comprometida en el deber de prestación.

Pero, además, pocos han reparado que, al referirse el artículo 1314 del Código Civil al deber accesorio de diligencia, brinda fundamento legal al acogimiento contractual integral de los deberes de protección, los cuales, a saber, pueden ser de dos clases:

a) Los que coadyuvan a la realización del deber central (a la realización del deber primario de prestación), contribuyendo en mayor o menor medida a precisar la forma particular de ejecución de la prestación debida en función del tipo de utilidad comprometida en el deber de prestación.

   Aquí, los deberes de protección están destinados, pese a todo, a tutelar el *interés de prestación* (por ejemplo, en el transporte, trasladar a los pasajeros a destino, sanos y salvos; en las prestaciones médico-quirúrgicas, vigilar el desenvolvimiento de la propia conducta de manera tal que se le procure al paciente la utilidad inmaterial de mejorar su posición de salvamento; etc.).

   En esta hipótesis, al vincularse necesariamente el deber de protección de la obligación con la utilidad comprometida en el deber central, la ejecución de la diligencia debida no puede significar otra cosa que la no presentación de vicisitud alguna en el cumplimiento del deber central; es decir, el cumplimiento de la obligación.

b) Los que tienen la específica función de tutelar a la persona y los bienes de la otra parte de la relación.

   Es decir, también el artículo 1314 del Código Civil (concordado con el artículo 1362 del mismo) recoge *la protección contractual del respeto a la esfera jurídica del acreedor* (deberes de seguridad), recogiéndose la exigencia de tutela de la persona y de las cosas de cada uno de los sujetos de la relación obligatoria que no tienen por qué "sufrir daños a causa o con ocasión del desarrollo de la relación" (CABANILLAS SÁNCHEZ, 2000: 154-155).

   Empero, a diferencia de los deberes de protección que coadyuvan a la realización del deber central, aquí el deber accesorio de diligencia, encarnado en un deber de seguridad, tutela no ya el interés de prestación, sino exclusivamente el *interés de protección*, cuya lesión puede dar también lugar, sin duda, a una responsabilidad contractual.

   En esta hipótesis, entonces, el cumplimiento del deber de diligencia no conlleva el cumplimiento del deber central y, por lo tanto, no representa una prueba del cumplimiento de la obligación, sino, tan solo, la satisfacción de un interés de protección autónomamente considerado en sede contractual.

5.2. Conclusiones

En vía sumarísima, podemos señalar en pocas palabras las conclusiones a las que hemos arribado en el presente comentario:

a) El único límite de la responsabilidad del deudor debe encontrarse en la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable, recogido en los artículos 1315 y 1316, primer párrafo, del Código Civil peruano.

b) La imposibilidad de la prestación por causa no imputable deber ser necesariamente objetiva para calificar como límite de la responsabilidad del deudor. Puede, sin embargo, ser entendida –adicionalmente– como relativa y no necesariamente absoluta.

c) Es siempre posible intentar una lectura subjetiva de las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Título referido a la inejecución de obligaciones del Código Civil peruano, recogiendo el pensamiento de Barassi y asignándole a la culpa –anacrónicamente– el rol de criterio de selección de tutela de los intereses y la categoría de fundamento de la responsabilidad.

   Sin embargo, ello constituye –como creemos haber demostrado– una falacia conceptual, desde que la naturaleza jurídica de la relación obligatoria y el fundamento de la responsabilidad contractual es objetivo: se responde porque se debe. Se deja de responder cuando se aporta la prueba positiva del caso fortuito.

d) La diligencia, entonces, es solo una manifestación más del deber asumido por el deudor en la obligación. El concepto de deuda, como situación jurídica subjetiva compleja, comprende los deberes accesorios de diligencia.

e) El artículo 1314 del Código Civil no puede recoger a la ausencia de culpa como supuesto de exoneración de responsabilidad, desde que la prueba de la diligencia implicaría siempre una prueba de cumplimiento (excepto en los casos en que se presenten, en sede contractual, intereses autónomos de protección), por lo que "quien actúa diligentemente" cumple la obligación asumida (porque habrá proporcionado al acreedor la utilidad esperada); la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad, por lo que solo pueden presentarse dos alternativas: o se ha sido diligente y se ha cumplido la obligación; o no se ha sido diligente y, por ende, no se ha proporcionado la utilidad esperada, debiéndose responder.

f) Constituye otra falacia conceptual más –aceptada por la doctrina clásica tradicional como dogma– el binomio antitético diligencia/culpa. El concepto de diligencia está siempre presente en todo actuar humano y, por ende, en el derecho de las obligaciones.

g) Si la culpa no es más el fundamento de la responsabilidad y esta, en sede contractual, tiene fundamentos objetivos, el texto del artículo 1329 del Código Civil nunca ha contribuido a "los fines subjetivos" perseguidos por la intención del legislador. Una responsabilidad por culpa presunta se aproxima a una responsabilidad objetiva y, por ejemplo, resulta contraria a la protección "particular" que reclaman las prestaciones que implican una especial dificultad, que merecen una protección singular de índole subjetiva (torciendo intencionalmente el fundamento objetivo de la responsabilidad contractual) para incentivar el desarrollo tecnológico; ello no puede lograrse nunca por la vía de una presunción general de culpa.

h) Cabe entonces señalar el verdadero alcance del artículo 1314 del Código Civil:

   - Cuando el deber accesorio de diligencia le implica necesariamente al deudor el despliegue de conductas de protección de la utilidad comprometida en el

deber central, la prueba del empleo de la diligencia debida no significa otra cosa que una prueba de cumplimiento. Y esto es cierto, inclusive, en los casos en donde el deber de prestación recae en una utilidad material, pues allí la conducta de prestación del deudor es meramente instrumental, significando que quien protege adecuadamente la utilidad que ha comprometido aportar, necesariamente termina aportándola al acreedor, pues el deber de diligencia se extiende hasta dicho aporte. Dicho en otras palabras: el deudor solo cumple con su deber de diligencia vigilando que causas ajenas a él no le impidan cumplir, extendiéndose este deber de vigilancia hasta el instante mismo del cumplimiento.

Este es el resultado ineludible de considerar a la obligación como un aporte de utilidad antes que una actividad voluntaria del deudor (OSTI, 1954: 615).

- Cuando el deber accesorio de diligencia asumido por el deudor implica la satisfacción de un interés autónomo de protección, la prueba del empleo de la diligencia debida no representa –diversamente a lo indicado precedentemente– una prueba de cumplimiento, sino solamente la satisfacción de dicho interés autónomo de protección acogido en sede contractual, resultando entonces enteramente cierta la expresión empleada por el artículo 1314 del Código Civil en el sentido de que si el deudor actúa con la debida diligencia, no responde, pues no ha dañado este interés de protección.

¿Cuándo se responde entonces?

Cuando no se cumpla con la diligencia debida, que implica:

- O que no se aportó la utilidad comprometida en el deber central (lesionándose con ello el interés de prestación).
- O que no se aportó la prueba positiva del límite de la responsabilidad del deudor: el caso fortuito.
- O que se lesionó el interés autónomo de protección (que teóricamente puede presentarse, inclusive, pese a haberse ejecutado el deber de prestación).

i) El artículo 1314 del Código Civil, entonces, deber tener una lectura paralela y horizontal junto al artículo 1315: este último acoge el límite de la responsabilidad del deudor. El primero acoge los alcances del deber accesorio de diligencia en el derecho de las obligaciones (incluidos cuando estos sirven al interés de prestación o cuando sirven, autónomamente, al interés de protección) y su relación con la teoría de la imposibilidad sobrevenida de la prestación acogida por el Código Civil, llenando de contenido a la máxima "la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad".

6. Apéndice legislativo

6.1. Código Civil francés de 1804

"Artículo 1137 CC: La obligación de velar por la conservación de la cosa, ya sea que la conservación no tenga por objeto más que la utilidad de una de las partes, o sea que tenga por objeto la utilidad de ambas, somete a quien tiene la carga de ella a prestarle todos los

cuidados de un buen padre de familia. Esta obligación es más o menos extensa con relación a ciertos contratos, cuyos efectos, a este respecto, se explican en los títulos que les conciernen".

" Artículo 1147 CC: El deudor es condenado, si ha lugar, al pago de los daños y perjuicios, ya sea en razón del incumplimiento de la obligación, o ya sea en razón del retraso en el cumplimiento, en todos los casos en que no justifique que el incumplimiento proviene de una causa extraña, que no pueda serle imputada, aunque no haya habido mala fe de su parte".

"Artículo 1148 CC: No ha lugar a daños y perjuicios cuando, como consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, al deudor se le haya impedido dar o hacer aquello a que estaba obligado, o si ha hecho lo que le estaba prohibido".

6.2. Código Civil italiano de 1865

"Artículo 1224 CC: La diligencia que se debe emplear en el cumplimiento de la obligación, tenga esta por objeto la utilidad de una de las partes o de ambas, es siempre aquella de un buen padre de familia, salvo el caso del depósito referido en el artículo 1843. Esta regla, por otro lado, se debe aplicar con mayor o menor rigor según las normas contenidas para ciertos casos en este Código".

"Artículo 1225 CC: El deudor será condenado al resarcimiento de los daños, tanto por el incumplimiento de la obligación, cuanto por el retardo de la ejecución, si no prueba que el incumplimiento o el retardo se ha derivado de una causa extraña a él no imputable y aun cuando no haya habido intervención suya de mala fe".

"Artículo 1226 CC: El deudor no queda obligado a ningún resarcimiento de daños, cuando como consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito fue impedido de dar o de hacer aquello a lo cual se había obligado, o ha hecho aquello que le era prohibido".

6.3. Código Civil italiano de 1942

"Artículo 1176 CC: Diligencia en el cumplimiento.- En el cumplimiento de la obligación el deudor debe emplear la diligencia del buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse de acuerdo con la naturaleza de la actividad ejercitada".

"Artículo 1218 CC: Responsabilidad del deudor.- El deudor que no realiza exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño a menos que pruebe que el incumplimiento o el retardo han sido determinados por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él".

DOCTRINA

AUBRY, Charles et RAU, Charles. Cours de Droit Civil francais. Tomo IV. Quinta edición. Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard. París. Francia. 1902; ANELLI, Franco. Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1990; BARASSI, Lodovico. La Teoria Generale delle Obbligazioni. Vol. III : "L'attuazione". Seconda edizione aumentata. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1948; BARRETO QUINECHE, Percy. Responsabilidad contractual objetiva. En: Diario Oficial El Peruano-Sección Economía & Derecho. Cuerpo B. Día 2 de junio de 1993. Página B-15; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. Précis de Droit Civil. Tomo II. Librairie de la Société du Recueil Sirey. París. Francia. 1925; BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Traducción de la edición italiana por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1969; BIANCA, Massimo. Inadempimento delle obbligazioni. En: Commentario del Codice Civile, Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quarto: Obbligazioni-art. 1218-1229. Seconda edizione aggiornata. Nicola Zanichelli

Editore-Soc. Editrice del Foro Italiano. Bologna/Roma. 1979; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo IV: "L'obbligazione". Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1991; BOBBIO, Norberto. Scienza del Diritto e analisi del linguaggio. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno IV. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1950; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Las obligaciones de actividad y de resultado. José María Bosch Editor S.A. Barcelona. España. 1993; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral. Civitas Ediciones S.L. Madrid. España. 2000; CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo II. Volumen II: El Derecho de las Obligaciones y la situación contractual. Traducción de la primera edición francesa por Manuel Ma. Zorrilla Ruiz. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. España. 1971; CASTRONOVO, Carlo. Problema e sistema del danno da prodotti. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1979; CHIRONI, Gian Pietro. La colpa nel Diritto Civile odierno. Colpa contrattuale. Seconda edizione interamente rifatta. Fratelli Bocca Editori. Torino, Italia. 1897. Existe también traducción española de la segunda edición italiana corregida y aumentada por A. Posada. Hijos de Reus, Editores. Madrid. España. 1907; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil francés. Tomo III: Teoría General de las Obligaciones. Traducción de la edición francesa anterior a 1924 por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus S.A. Madrid. España. 1924; CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (droits francais, allemand, anglais). Ed. Kohlhamm. Stuttgart-Bruxelles. 1960; COTTINO, Gastone. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1955; COVIELLO, Nicola. Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni. Editrice. Lanciano. Rocco Carabba. Italia. 1895; DE LORENZI, Valeria. Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1981; DEMOGUE, René. Traité des Obligations en Général. Tomo V: Sources des Obligations (Suite et fin). Librairie Arthur Rousseau. París. Francia. 1925. Reimpression Schmidt Periodicals GMBH. Bad Feilnbach/Germany. 1994; DEMOGUE, René. Traité des Obligations en Général. Tomo VI: Effets des Obligations. Librairie Arthur Rousseau. París. Francia. 1931. Reimpression Schmidt Periodicals GMBH. Bad Feilnbach / Germany. 1994; DÍEZ-PICAZO, Luis. El contenido de la relación obligatoria. En: Estudios de Derecho Privado. Editorial Civitas S.A. Madrid. España. 1980; DI MAJO, Adolfo. La responsabilità contrattuale. G. Giappichelli Editore. Torino. Italia. 1997; DI MAJO, Adolfo. Voce: Responsabilità contrattuale. En: Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile. Volume XVII. Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET. Torino. Italia. 1998; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Responsabilidad civil médica. En. Diálogo con la Jurisprudencia. Año I. Número 1. Gaceta Jurídica Editores. Lima. Perú. 1995; FRANZONI, Massimo. Fatti illeciti. En: Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quarto: Obbligazioni artt. 2043-2059. Zanichelli Editore S.p.A. Società Editrice del Foro Italiano. Bologna/Roma. Italia. 1993; GIARDINA, Francesca. Responsabilità contrattuale e responsabilitá extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1993; GIORGI, Giorgio. Teoria delle Obbligazioni nel Diritto moderno italiano. Tomo II. Setima edizione. Firenze. Italia. 1907. Existe también traducción española de la séptima edición italiana por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. España. 1909; GIORGIANNI, Michele. Voce: Obbligazione (Diritto Privato). En: Novissimo Digesto Italiano. Volume XI. Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET. Torino. Italia. 1965; JORDANO FRAGA, Francisco. Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente). En: Anuario de Derecho Civil. Tomo XLIV. Fascículo I. Enero-Marzo MCMXCI. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. España. 1991; JORDANO FRAGA, Francisco. La responsabilidad contractual. Editorial Civitas S.A. Madrid. España. 1987; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Traducción de la tercera edición francesa de Cours de Droit Civil positif francais, por Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo II. Volumen I: Teoría General de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América-Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires. Argentina. 1950; MAJELLO, Ugo. Custodia e deposito. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli. Italia. 1958; MAZEAUD, Henri y León; TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Traducción de la quinta edición francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1962; MENGONI, Luigi. Obbligazioni 'di risultado' e obbligazioni 'di mezzi' (Studio critico). En: Rivista del Diritto Commerciale. Anno LII. Números 5-6 y 9-10; maggio, giugno e settembre, ottobre 1954. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. Milano. Italia. 1954; MESSINEO, Francesco. Manuale di Diritto Civile e Commerciale (codici e norme complementari). Volume Secondo-Parte Seconda: Diritto delle Obbligazioni. Parte Generale. Numerali 98-138. Ottava edizione ampliata e in parte rifatta. Ristampa emendata. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1952. Existe también traducción española de esta edición por Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1979; MICCIO, Renato. I diritti di credito. Volume primo: Lineamenti generali. Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET.

Torino. Italia. 1971; MONATERI, Pier Giuseppe. Risultati e regole (Un'analisi giuridica dell'analisi economica del diritto). En: Rivista Critica del Diritto Privato. Anno XIII. Número 4. Diciembre 1995. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene S.p.A. Napoli. Italia. Traducción castellana a cargo de Leysser León Hilario. En: Revista Jurídica del Perú. Año LI. Número 26. Setiembre 2001; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Cuarta Parte. Tomos X y XI. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. 2003; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. 1988; OSTI, Giuseppe. Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione. En: Rivista di Diritto Civile. Anno X. Società Editrice Libraria. Milano. Italia. 1918; OSTI, Giuseppe. Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno VIII. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1954; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. La diligencia y la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones. En: Themis Revista de Derecho. Segunda Epoca. N° 35, 241 a 250. Lima. Perú. 1997; PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Traducción española de Mario Díaz Cruz. Tomo VI: Las Obligaciones. Primera Parte. Editorial Cultural S.A. La Habana. Cuba. 1946; POLACCO, Vittorio. Le obbligazioni nel Diritto Civile italiano. Volume 2. Seconda edizione. Athenaeum Editore. Roma. Italia. 1915; RODOTÀ, Stefano(1). Il problema della responsabilità civile. Dott. A. Giuffrè Editore Milano. Italia. 1964; RODOTÀ, Stefano(2). Voce: Diligenza (Diritto Civile). En: Enciclopedia del Diritto. Volume XII. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1964; SALVI, Cesare. La responsabilità civile. En: Tratatto di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1998; SCHLESINGER, Piero. Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno XIII. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1959. Existe traducción castellana realizada por Hugo Forno Florez. En: Themis Revista de Derecho. Segunda Época. N° 38, pp. 59 a 71. Lima. Perú. 1998; STARCK, Boris; ROLAND, Henri; et BOYER, Laurent. Droit Civil. Les Obligations. Titre II: Le contrat. Sixième edition. Editions Litec. París. Francia. 1998; VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice. Traité de Droit Civil: Les conditions de la responsabilitè. 2 édition. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence-L.G.D.J. París. Francia. 1998; VISINTINI, Giovanna. Voce: Inadempimento. En: Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. XVI. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma. Italia. 1988. Existe traducción al castellano realizada por Leysser León Hilario que forma parte del libro: VISINTINI, Giovanna. Responsabilidad contractual y extracontractual. Ara Editores. Lima. Perú. 2002, pp. 33 a 81; VISINTINI, Giovanna. La responsabilità contrattuale. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli. Italia. 1979; VISINTINI, Giovanna. Inadempimento e mora del debitore. En: Il Codice Civile. Commentario diretto da Piero Schlesinger. Artt. 1218-1222. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1987.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción doctrinaria del artículo 1314 del Código Civil

El artículo 1314 del Código Civil establece, que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; asimismo, el artículo 1315 del mismo cuerpo normativo regula que el caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Al respecto, Felipe Osterling Parodi en comento a los precitados artículos señala que: "La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa. En caso de ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable" (Cas. N° 16321-2013-Lima).

Naturaleza distinta del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y la responsabilidad contractual

Las prestaciones que otorga el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo tienen una naturaleza distinta y constituyen el otorgamiento de una cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que laboran en actividades de alto riesgo; en consecuencia, las prestaciones que otorgan estos tipos de seguros son independientes de la responsabilidad civil ordinaria que debe asumir quien causa daño por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales (Cas. N° 1225-2015-Lima).

La diligencia resultará insuficiente para liberar al deudor por los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento, cuando lo contrario esté expresamente previsto por la ley o por el título de la obligación

El artículo 1314 citado contiene un supuesto de ausencia de culpa cuando dispone que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, también lo es que dicha diligencia resultará insuficiente para liberar al deudor por los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento, cuando lo contrario esté expresamente previsto por la Ley o por el título de la obligación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1317 del mismo Código Sustantivo. En ese orden de ideas se tiene que el artículo 663 del Código de Comercio, aplicable al caso de autos en atención a la especialidad de la norma, prescribe que el capitán no será responsable de los daños que sobrevinieran al buque o al cargamento por fuerza mayor, es decir, el obligado para liberarse de su responsabilidad, deberá acreditar además de la diligencia ordinaria, que la inejecución de su obligación o su cumplimiento irregular, obedeció la presencia de un evento extraordinario, imprevisible irresistible. Al haberse establecido (...) que el siniestro que motivó la inejecución de la obligación por parte de la entidad demandada, no se debió a un caso fortuito o fuerza mayor, la Sala Superior al desvirtuar la demanda apoyándose únicamente en la diligencia ordinaria de esta última, aplica indebidamente el artículo 1314 del Código Civil e interpreta erróneamente los artículos 1315 del mismo Cuerpo Legal, y 633 del Código de Comercio, por lo que debe casarse la sentencia **(Cas. N° 1382-2000-Callao).**

Noción de responsabilidad contractual

{L}a responsabilidad contractual es aquella que deriva de un contrato celebrado entre las partes, donde uno de los intervinientes produce daño por dolo, al no cumplir con la prestación a su cargo o por culpa por la inejecución de la obligación, por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, la cual debe ser indemnizada. {E}n la responsabilidad contractual las partes involucradas en el daño: causante y víctima, han tenido un trato previo, o sea se han vinculado voluntariamente y han buscado en común ciertos propósitos, su reunión no es casual o accidental y, esta reunión se ha producido en torno a obtener un cierto resultado **(Cas. N° 507-1999-Lambayeque).**

Responsabilidad contractual por relación de dependencia

Habiendo la identidad demandante sostenido en la demanda y a través del proceso que los hechos generadores de los daños y perjuicios reclamados han sido producidos por los demandados en su calidad de funcionarios de la propia entidad accionante, lo que significa sostener que entre la actora y los demandados existía una relación laboral o una relación de dependencia, se concluye que los danos y perjuicios, en el supuesto que se hayan producido, serian derivados de una responsabilidad contractual y no extracontractual como sostiene la demandante (...) **(Cas. N° 2923-2001-Loreto).**

La actividad del transporte no es un supuesto de responsabilidad contractual subjetiva

{P}ara que se configure el contenido del artículo mil trescientos catorce del Código Civil según el cual quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; debemos de situarnos ante un caso de responsabilidad contractual subjetiva que busca la demostración o comprobación de la existencia o no de la diligencia ordinaria requerida, elemento que no se discute en materia de transporte, área en la cual se parte de una presunción iure et de iure de responsabilidad (...) **(Cas. N° 2438-2002-Loreto).**

Concepto y elementos de la responsabilidad civil contractual

{L}a responsabilidad contractual es aquella que deriva de un contrato celebrado entre las partes, donde uno de los intervinientes produce daño por dolo, al no cumplir con la prestación a su cargo o por culpa por la inejecución de la obligación, por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, la cual debe ser indemnizada. En la responsabilidad contractual las partes involucradas en el daño: causante y víctima, han tenido un trato previo, o sea se han vinculado voluntariamente y han buscado en común ciertos propósitos, su reunión no es casual o accidental y, esta reunión se ha producido en torno a obtener un cierto resultado **(Cas. N° 507-1999-Lambayeque).**

JUZGADOS DE PAZ LETRADO

El sentido de la responsabilidad contractual en el Código Civil

{L}a responsabilidad contractual en nuestro ordenamiento legal consiste en la obligación del deudor de indemnizar al acreedor por los perjuicios que le ha originado por el incumplimiento de su obligación o por el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de dicha obligación, ello a tenor de lo dispuesto en los artículos 1314 y siguientes del Código Civil; para el presente caso, al demandante le asiste el derecho de participar en el presente proceso en su condición de sujeto activo, toda vez, que no ha satisfecho su expectativa al haber adquirido el bien inmueble producto de la obligación de la demandada de entregar el bien que enajenó **(Exp. N° 00407-2009, Noveno Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte).**

Caso fortuito o fuerza mayor

Artículo 1315.- ***Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.***

Concordancias:
C.C. arts. 1316, 1317, 1742, 1972; C.P. art. 20 núm. 6; D.S. 003-97-TR art. 46; D.S. 008-2002-TR art. 19

Gastón Fernández Cruz / Leysser León Hilario

1. Introducción

Ya Javoleno aconsejaba que *"omnis definitio in iuris civili periculosa est, parum est enim ut non subverti possit"* (*Digesto*, 50, 17, *De diversis regulis iuris antiqui*, 202): "en el Derecho Civil toda definición es peligrosa porque es difícil que no tenga que ser cambiada". Esta máxima suele ser citada fuera de contexto, no ya como indicio del papel conjeturalmente (STELLA MARANCA, 1934: 95) reconocido a las definiciones legales bajo el Derecho Romano (SCHULTZ, 1953: 131), sino como mera admonición frente a los riesgos de atar a los intérpretes a las arbitrariedades definitorias del legislador.

Desatendiendo la antigua advertencia, el codificador peruano, tal vez con afán didáctico, ha formulado varias definiciones legislativas. La parte del Código Civil dedicada al régimen de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones es singularmente prolífica al respecto. Aquí se señala qué es el dolo (artículo 1318), la culpa inexcusable (artículo 1319) y la culpa leve (artículo 1320); además –y esto es lo que nos interesa–, se define el caso fortuito o fuerza mayor como la causa no imputable (al deudor), consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación (*rectius*, de la prestación) o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (artículo 1315), y cuyo efecto es la extinción de la relación obligatoria (artículo 1316).

Con todo, como se ha indicado antes, entre nosotros se ha destacado la utilidad pedagógica que tendrían las definiciones legislativas, en tanto instrumentos valiosos para contribuir, por medio de la ley, y desde la ley, al logro de una mejor comprensión, cuando no a una aplicación más eficaz, de las instituciones jurídicas por parte de los operadores del derecho. Parte de nuestra doctrina nacional admite que el uso de definiciones en un Código Civil "conlleva el peligro de encasillar al derecho, con lo cual pueden hacerse infructuosos los logros conceptuales de la evolución de la ciencia jurídica. Una definición, pese a su dogmática actual, puede ser superada en el futuro", pero se juzga preferible "que el intérprete sepa cuál es la opción tomada, aunque esta pueda ser equivocada, en lugar de quedar en la incertidumbre, que conduce al capricho y al error" (DE LA PUENTE Y LAVALLE, 2001: t. I, 48).

En el *common law* y, particularmente, en el Derecho norteamericano, al no existir grandes codificaciones, se lleva a la práctica contractual la necesidad de prever ciertas definiciones, entre ellas, la noción de caso fortuito. En Perú, aun cuando no es una práctica usual, se pueden encontrar ejemplos de virtual superación de la definición codificada en la ley civil, como es el caso del contrato de licencia para la explotación de hidrocarburos (Camisea) celebrado el 28 de noviembre de 2000, entre Perúpetro S.A., en virtud de las facultades concedidas por la Ley N° 26221, y Pluspetrol Perú Corporation, Hunt Oil Company of Perú L.L.C., SK Corporation e Hidrocarburos Andinos S.A.C. Hay en dicho contrato una explícita definición de caso fortuito o fuerza mayor (cláusula 1ª., 1.7) como "la causa

no imputable a cualquiera de las partes, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, *que esté fuera del control razonable y que no pudiera ser prevista o que, habiendo sido prevista, no pudiera ser evitada*" (aun cuando esta definición, curiosamente, parece asemejarse a la redacción del artículo 514 del Código Civil argentino: "caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse").

En el contrato en mención se establece (cláusula 17ª) detalladamente que "ninguna de las partes es imputable por la inejecución de una obligación del contrato o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, durante el término en que dicha parte obligada se vea afectada por causa de caso fortuito o fuerza mayor y siempre que acredite que tal causa impidió su debido cumplimiento. *Entre otros, están comprendidos en el párrafo anterior, incendios, terremotos, maremotos, avalanchas, tempestades, actos terroristas, de guerrillas, guerras que afecten directamente al cumplimiento de una obligación. Los casos de huelga y paros, que no sean originados por responsabilidad del contratista, cuyos efectos no puedan ser superados por el contratista, podrán ser invocados como caso fortuito o fuerza mayor.* Se considerará para bienes que no puedan ser transportados por otros medios, como causal para invocar caso fortuito o fuerza mayor, el bajo nivel de las aguas de los ríos que impidan el transporte de bienes al área de contrato, de acuerdo al calendario para el transporte de esos bienes".

Como se aprecia, la autonomía de las partes, plasmada en este caso en la libertad de configuración del contenido contractual, prevalece y llena de significado las discutibles definiciones del legislador plasmadas en la codificación civil, lo que puede resultar de trascendencia, por ejemplo, en la discusión de si constituye o no requisitos para la admisión del caso fortuito, la necesaria concurrencia copulativa de la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho a que se refiere el artículo 1315 del Código Civil. Y aunque se trate de un acuerdo relativo a la explotación de recursos públicos –en tal sentido, bajo el control estatal– no hay por qué negar que la posibilidad de estas precisiones, o de todo eventual convenio relativo a la forma de entender el caso fortuito o fuerza mayor, esté igualmente permitida a los particulares. Al respecto, la doctrina reconoce que estas causas de exoneración de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones pueden ser totalmente o parcialmente descartadas mediante cláusula contractual o, claro está, mediante disposición legislativa (LÉGIER, 1989: 20).

2. La noción de causa no imputable y el incumplimiento de las obligaciones

En el Código Civil peruano de 1936, la regla general era que el deudor no respondía "por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación" (artículo 1319). Se establecía como regla específica, además, que "el obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido, por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad".

El privilegio de la terminología "causa no imputable" (del incumplimiento), así como la doctrina que le sirve de sustento, señalan la superación de la exclusiva y clásica referencia expresa al caso fortuito o fuerza mayor (BRECCIA, 1991: 481; VISINTINI, 2002: 149), que sigue siendo peculiar del Código napoleónico (artículo 1147: "el deudor queda condenado al resarcimiento tanto por el incumplimiento de la obligación, cuanto por la demora en la ejecución, a menos que pruebe que el incumplimiento o la demora han derivado de una causa extraña no imputable a él, aun cuando no hubiere mediado mala fe de su parte";

y el artículo 1148: "no hay lugar a resarcimiento cuando por efecto de caso fortuito o fuerza mayor el deudor es impedido de dar o hacer aquello a que está obligado, o tiene que hacer aquello que le está prohibido"). Hoy en día, no se puede desconocer que en Francia, es generalizada la práctica de englobar bajo el concepto de "causa extraña" *(cause étrangère)* el caso fortuito (desde hace muchísimo tiempo fusionado con la fuerza mayor), el hecho de tercero y el hecho del acreedor, que tienen, todos, el común efecto de exonerar de responsabilidad al deudor (LÉGIER, 1989: 20 ss.; MAZEAUD y CHABAS, 1991: 664).

Sin embargo, las herencias históricas indicadas se refunden en la norma bajo comentario.

Es por demás ilustrativo el neutral juicio de un estudioso extranjero, quien advierte que el Código Civil peruano da la impresión de seguir, en principio, el planteamiento del Code Napoléon, dado que en el artículo 1314 recoge el principio según el cual el deudor que se atiene a la diligencia requerida no es imputable por el riesgo de la ejecución total o parcial, tardía o defectuosa de la prestación. Solo que, a renglón seguido, en el artículo 1315, la no imputabilidad aparece ligada al caso fortuito y la fuerza mayor objetivamente entendidos. "Por lo tanto, da la impresión de que fueran estas las verdaderas causas de exoneración de la responsabilidad. Habrá que verificar cuáles serán las primeras interpretaciones de las reglas que se acaban de indicar; de todos modos y, desde el punto de vista interpretativo, considero que no se podrán dejar de tener en cuenta las orientaciones seguidas en el ámbito de los diversos sistemas" (FRANZONI, 1993: 870-871).

3. Precisiones sobre el contenido de la definición legislativa

La definición dada por el legislador puede generar cierta confusión, en tanto y en cuanto limita el significado de la causa no imputable al caso fortuito o fuerza mayor. En el mismo Código Civil, en la sección dedicada al régimen de la responsabilidad extracontractual, se señala como concausas eximentes de responsabilidad al caso fortuito o fuerza mayor, *pero también al hecho determinante de tercero y la imprudencia de quien padece el daño* (artículo 1972). Es legítimo, entonces, preguntarse qué ocurre en materia de incumplimiento de obligaciones cuando se presentan estos dos últimos supuestos.

La doctrina no duda sobre la inclusión del hecho determinante de tercero y el hecho de la propia víctima (el acreedor, en este caso) en el concepto de "causa no imputable", y es así como, consideramos, debe entenderse el sentido del artículo comentado.

En cuanto a la primera hipótesis, se ha aclarado que, de todas formas, el hecho del tercero constituye eximente de responsabilidad "solo si se trata de una persona completamente extraña a la esfera económica del deudor" (VISINTINI, 1987: 335). El ejemplo clásico es el robo de la cosa que es objeto de la prestación del deudor, que determina la imposibilidad de cumplimiento. Al respecto, se precisa que hay supuestos en los cuales el robo no puede ser alegado, por constituir un "riesgo típico" de la actividad del deudor: tal es el caso del contrato de depósito, en el cual, obviamente, las previsiones a tomar serán mayores, debido a la especialidad de la prestación comprometida (BIANCA, 1979: 129; VISINTINI, 1987: 335).

En cuanto al hecho propio del acreedor, entendido como impedimento, la doctrina asume que su relevancia se produce "de manera prácticamente automática, en el sentido de que resultan menos influyentes las valoraciones habituales en términos de previsibilidad y evitabilidad por parte del deudor" (VISINTINI, 1987: 346). Así, pues, la admisión de esta

circunstancia determinante de la imposibilidad y, por lo tanto, eximente de responsabilidad, debería resultar mucho más clara que las precedentes.

Sin embargo, nuestro legislador, aparentemente ha decidido destinar una norma precisa a la regulación del supuesto: "Artículo 1326.- Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven", siguiendo en esto al artículo 1227 del Código Civil italiano: "Concurso del hecho culposo del acreedor.- Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se disminuye según la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias que de él se derivan".

El ámbito de aplicación de esta norma deberá circunscribirse, como es obvio, al caso de "concurrencia de responsabilidades", y no al supuesto en que el hecho del acreedor determina, o es la causa exclusiva (no concurrente) de la imposibilidad.

Finalmente, es de resaltar el interés que han suscitado en la doctrina las especies del *factum principis* y de la huelga, en cuanto causas no imputables del incumplimiento.

En el primer caso, nos encontramos frente a las disposiciones imperativas de la autoridad pública, que determinan la imposibilidad de ejecutar la prestación. Jamás se ha dudado de su consideración como "caso fortuito" en las relaciones de carácter privado, pero sí de su procedencia como eximente de responsabilidad cuando una de las partes es el Estado. En este punto, mucho tiempo hace que se ha sostenido que por provenir la causa del incumplimiento de la misma parte que la alega –el Estado incumple porque él mismo da una norma impeditiva–, ella carecerá de valor excluyente (COVIELLO, 1895: 45; CANTILLO, 1992, II: 776 ss.).

Son hipótesis de *factum principis* la prohibición de comercialización de la cosa que es objeto de una compraventa, la prohibición de exportación y la expropiación, pero no, por ejemplo, la clausura de una fábrica por orden municipal por inobservancia de deberes de adopción de medidas contra la contaminación ambiental (VISINTINI, 2002: 69).

En lo tocante a la huelga, ha sido natural su asociación con la figura del hecho de tercero, cuando, por ejemplo, los dependientes del deudor toman la decisión de paralizar sus actividades y determinan el incumplimiento. Sin embargo, se ha pretendido sostener que el supuesto debe considerarse un riesgo propio de la actividad empresarial, lo cual determinaría su carencia de valor eximente de responsabilidad para el patrón. A ello se ha respondido que el derecho de huelga se ejerce legítimamente tanto si es económico cuanto si es político, y puede desplegarse en forma anómala, con el solo límite de no lesionar los bienes tutelados por el ordenamiento jurídico en el nivel constitucional (CANTILLO, 1992, II: 794). Así las cosas, "el empresario se encuentra a menudo en una situación de sujeción con respecto a las determinaciones de los dependientes y nada puede hacer para impedir la proclamación y el desarrollo de la huelga, la cual, en consecuencia, se califica como causa no imputable" (CANTILLO, 1992, II: 794).

4. Atributos y particularidades de la causa no imputable

La causa no imputable se impone, ante todo, como un *límite* a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones; ello significa "que el esfuerzo requerido al deudor es el máximo, y que este no quedará liberado sino hasta cuando haya aportado la prueba del caso fortuito" (ALPA, 1999: 333) o fuerza mayor. Como bien se ha escrito, "el fundamento y los límites de la responsabilidad del deudor por incumplimiento de la obligación no son más que el *aspecto negativo* del vínculo en el que se resume el contenido de la relación y, por lo

tanto, no es posible determinar en qué consiste el vínculo (...) si no se verifica y determina, por un lado, cómo y cuándo el deudor, que no cumple la obligación, incurre en dicha forma de responsabilidad que se concreta en el deber de resarcir el daño que se deriva del incumplimiento para el acreedor y, por otro lado, cuándo y por qué no se incurre en dicha responsabilidad" (OSTI, 1954: 593).

La sinonimia del caso fortuito con la fuerza mayor se ha planteado desde hace mucho tiempo (COVIELLO, 1895: 56, 77). Sin embargo, parte de la doctrina comparada insiste en distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor, a pesar de la admisión, virtualmente unánime de la identidad de sus efectos jurídicos (CANDIAN, 1959: 989; LÉGIER, 1989: 20; MAZEAUD y CHABAS, 1991: 657; BIANCA, 1994: 662; entre muchos otros). Bajo el influjo de la doctrina y corrección terminológica alemana, que identifica en la fuerza mayor el grado máximo (TUHR [1910-1918], 1957, II-1: 496; ELSTER, 1928: 197; COMPORTI, 1965: 61), hay autores que consideran que el carácter *extraordinario* o *excepcional* es compartido por ambos supuestos (TRIMARCHI, 1967: 153; PERLINGIERI y ROMANO, 1997: 283; ZATTI y COLUSSI, 2001: 316), pero que en el primero de ellos estaríamos, además, ante un acontecimiento *imprevisible: "fortuitus casus est, qui nullo humano consilio praevederi potest"* (GAYO), o sea, "es caso fortuito lo que ninguna inteligencia humana puede prever"; mientras que lo propio del segundo sería el carácter *inevitable*, la idea de la *vis cui resisti non potest: "maior casus est cui humana infirmitas resistere non potest"* (GAYO), o lo que es lo mismo, "es fuerza mayor aquella que la debilidad humana no puede resistir". Hay también quien propone reservar la expresión "caso fortuito" a lo inevitable a pesar del comportamiento diligente observado, y designar como "fuerza mayor" las hipótesis en las cuales "el límite de responsabilidad se objetiviza en el concepto de causa extraña a los riesgos típicos creados por la organización empresarial del deudor" (MENGONI, 1988: 1094). De otro lado, existen quienes postulan que el caso fortuito no es sinónimo de la causa no imputable, sino que implica una agravación de la carga de la prueba (GIORGIANNI, 1970: 877; REALMONTE, 1988: 251 ss.; ANELLI, 1990: 5 ss.). Y no falta quien sugiere hablar exclusivamente de "caso fortuito" (SCUTO, 1955, vol. III: 66).

Hoy, sin embargo, impera la noción unitaria (COTTINO, 1960: 378) y tal ha sido la opción seguida por el legislador peruano (DE TRAZEGNIES, 1988, t. I: 304), por lo menos, en lo que atañe a los efectos que ambas nociones producen.

La causa no imputable puede ser entendida subjetivamente u objetivamente: o como causa inculpable o como un evento del cual el deudor no tiene que responder o es ajeno a su esfera de control (CAGNASSO, 1989: 2). Si bien en la doctrina actual es mayoritariamente reconocido el significado objetivo del caso fortuito o fuerza mayor, es oportuno exponer a grandes rasgos la evolución que ha determinado dicha primacía.

4.1. Tesis subjetiva: la ecuación *casus = non culpa*

Bajo el vigor del principio de la culpa, incuestionado hasta fines del Siglo XIX, y que identificaba en esta, y solo en esta, el fundamento de la responsabilidad del deudor, el caso fortuito fue definido negativamente, es decir, como ausencia de culpa, como aquello que "con independencia de la culpa del obligado impide el exacto cumplimiento de la obligación" (COVIELLO, 1895: 12). De acuerdo con esta antigua interpretación, entonces, el caso fortuito es igual a la "no culpa", el ámbito de lo "fortuito" o de lo "casual" comienza en el punto hasta donde llega la diligencia (BARASSI, 1948, III: 267), o es toda fuerza que se opone a la actividad y a la prudencia del deudor, y que para ser contrarrestada requiere de este un grado de diligencia superior al que le impone el contrato (TUNC, 1945: 238).

Las incongruencias legislativas que no son privilegio del ordenamiento jurídico peruano han suscitado dudas sobre la necesaria superación de las interpretaciones subjetivas, que llegan a pecar de psicologismo. Así como nosotros tenemos que afrontar la circunstancia de la defectuosa combinación del criterio de la diligencia (artículo 1314) y del criterio de la imposibilidad objetiva (artículos 1315 y 1316), la doctrina italiana (DI MAJO, 1998: 38; ZATTI y COLUSSI, 2001: 317), por ejemplo, tiene que hacer otro tanto con la diligencia del buen padre de familia en la ejecución de la prestación (artículo 1176) y con la imposibilidad objetiva (artículo 1218). De aquí que incluso en tiempos no tan lejanos se haya definido el caso fortuito como "todo evento natural (...) independiente de la voluntad humana, que escapa de la previsibilidad racional, y que no puede superarse sin cautelas superiores a las de la diligencia normal" (CANDIAN, 1959: 988; FORCHIELLI, 1988: 1), o que se haya llegado a sostener que el comportamiento diligente del deudor es el que se orienta, en ciertos casos, a impedir que sobrevenga la imposibilidad, de manera que la concurrencia del caso fortuito podría equipararse al comportamiento negligente, a la violación de una regla de conducta, en cuanto tal, generadora de responsabilidad (GIORGIANNI, 1959: 229 *et passim;* ID., 1970, 883 ss.; BETTI, 1953, I: 110 ss.; en la doctrina francesa, TUNC, 1945: 238).

Siempre en el marco de la concepción subjetiva, se ha juzgado que el caso fortuito debe evaluarse según cada caso individual, es decir, conforme a la particular situación del deudor que afronta la imposibilidad. Desde este punto de vista, lo que para una persona vale como causa no imputable, podría no ser aplicable para otra.

4.2. Tesis objetiva

Según la concepción objetiva, el caso fortuito se equipara a "un impedimento extraño a la persona del deudor y a su esfera económica" (VISINTINI, 1979: 9). Este modo de ver el fenómeno tiene como propósito hacer de cargo del deudor "el riesgo de los impedimentos no imputables directamente a su culpa, pero no tan extraños a su esfera económica como para no poder ser controlados por él" (VISINTINI, 1979: 12; EAD, 2002: 67).

En este orden de ideas, el llamado "riesgo típico" o "de empresa" (MENGONI, 1988: 1094), vinculado con la actividad del deudor –del empresario, sobre todo– representa la "línea de confín" (REALMONTE, 1988: 253) entre lo que se considerará caso fortuito y dará lugar a responsabilidad, y los eventos cuyas consecuencias tendrán simplemente que ser asumidas por quien incumple.

La tesis se alimenta del análisis doctrinal y de la perspectiva del análisis económico del derecho, y constituye uno de los presupuestos conceptuales de la llamada "responsabilidad objetiva" por incumplimiento de obligaciones.

En el primer ámbito, se señala incontestablemente que la diligencia, es decir, la prueba de la no culpa, "no puede constituir el límite de la responsabilidad del deudor, porque ello sería equivalente a adherir a la idea de que en el fondo el objeto de la obligación es la prestación de diligencia, de modo que el respeto de esta podría liberar al deudor" (DI MAJO, 1998: 38-39). Lo correcto, para efectos de eximir de responsabilidad al deudor, es sostener que tiene que mediar un impedimento que tenga, necesariamente, la característica de la *objetividad* (OSTI, 1918: 469; ID. 1962: 291; MOSCO, 1970: 425 ss.; DI MAJO, 1998: 39): "solo el impedimento que determina la imposibilidad de la prestación considerada en cuanto tal, es decir, la *imposibilidad objetiva* de la misma, puede tener la eficacia de liberar al deudor de responsabilidad por el incumplimiento o por la demora, e incluso puede, cuando es definitiva, extinguir la obligación" (OSTI, 1954: 602), como se señala, expresamente, en el

artículo 1316 del Código Civil. La imposibilidad objetiva está constituida por un "impedimento inherente a la entidad intrínseca del preciso contenido de la prestación, es decir, por un impedimento que se opone a la ejecución de la prestación, con prescindencia de todo elemento extrínseco a la misma y, en especial, en cuanto sean tales, *de las condiciones particulares del sujeto obligado*" (OSTI, 1918: 217).

Por lo demás, nadie pone en discusión que "en el sector de la responsabilidad civil (...), las hipótesis en las cuales se menciona el límite del caso fortuito no pueden ser otra cosa que hipótesis de *responsabilidad objetiva*, porque el sujeto al que se impone el gravamen resarcitorio no puede limitarse a demostrar que hizo todo lo posible para evitar el daño" (ALPA, 1999: 334). Y si "el deudor incurre en responsabilidad aun cuando está impedido de cumplir por causas meramente personales, a pesar de estar exento de culpa, es evidente que se debe concluir (...) *que la responsabilidad tiene como fundamento, no la culpa, sino el puro y simple dato de hecho del incumplimiento y, como límite, no la ausencia de culpa, sino la imposibilidad objetiva no culposa de la prestación*" (OSTI, 1954: 604).

En el segundo ámbito, en relación especialmente con la actividad empresarial, se enseña que la exclusión de responsabilidad procede solo cuando se pruebe que el incumplimiento se ha debido a una "causa externa a la empresa del deudor y de carácter catastrófico, mientras que las causas internas quedan a cargo del deudor aun cuando fueran no culposas (...). La responsabilidad objetiva, al cubrir todos los incumplimientos debidos a causas internas a la organización del deudor, y aquellos debidos a causas externas que no sean de naturaleza catastrófica, *pone a cargo del deudor mismo los factores que se pueden presumir dominables por el ser humano* (...). Es más frecuente el caso en que el deudor, y no el acreedor, puede adoptar las medidas idóneas para prevenir el daño: solo el deudor puede influir directamente en la ejecución de la prestación, para que sea exacta y oportuna" (TRIMARCHI, 1970: 521-522).

En este último sentido, se ha señalado también que el límite del caso fortuito, objetivamente entendido en la determinación de la responsabilidad por incumplimiento, y la regla de la responsabilidad objetiva en esta materia, se corresponden con la presunción, económicamente sustentada, de que es el deudor quien se encuentra en mejor posición para neutralizar los impedimentos que pueden afectar la prestación: es justo "liberar al deudor cuando la imposibilidad del cumplimiento deriva de causa no imputable a él, porque si el evento no recae en su esfera de influencia y organización (caso fortuito, fuerza mayor), se disuelve la presunción de que él sea el mejor *risk bearer*. Naturalmente, estamos frente a una cruda aproximación, *pero es difícil imaginar de qué manera el legislador habría podido dictar, con carácter general, un criterio más satisfactorio*" (PARDOLESI, 1978: 716).

Coherentemente, la tesis objetiva obvia las referencias a la persona del deudor a la hora de ponderar los efectos del caso fortuito. Afirmar este punto de vista conlleva reconocer que la imposibilidad de la prestación debida a causa no imputable y, en cuanto tal, liberatoria de responsabilidad, no depende en nada de la situación particular del deudor.

La perspectiva analizada en este acápite conoce una posición extrema que no se conforma con proponer que la imposibilidad de la prestación sea objetiva, sino que exige que sea, además, *absoluta;* es decir, que tiene que tratarse de un impedimento que no puede ser vencido, de ninguna manera, por las fuerzas humanas (OSTI, 1918: 220; ID, 1962: 289). Hoy por hoy, empero, la orientación predominante, si bien conviene en la objetividad, sostiene que la imposibilidad es siempre *relativa* (MENGONI, 1954: 281-282; MICCIO, 1982: 267-268; DI MAJO, 1998: 39; DELFINI, 2003: 10-11). El valor de esta toma de posición se ve, sin mayor problema, no solo en la imprescindible consideración del tipo de actividad del

deudor, sino en las pautas a seguir en el análisis de las características que debe poseer la causa no imputable, a fin de producir el efecto liberatorio de responsabilidad.

5. Características

Inspirándose, conscientemente o no, en el lenguaje jurídico francés que habla de *caractère exterieur*, *imprevisibilité* e *irresistibilité*, el legislador peruano señala, en su definición, los tres atributos que identifican la causa no imputable. La doctrina francesa, precisamente, subraya la importancia del estudio de las características de la *force majeure*, por ser imprescindible para su cabal comprensión y aplicación (CHABAS, 2002: 4).

A las características señaladas por el legislador peruano –extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad– se añade, por parte de la mejor doctrina francesa, la exterioridad, en el sentido de que solamente los eventos de origen extraño a la persona del deudor o a la de sus dependientes –en el caso de las empresas– podrán ser considerados como eximentes de responsabilidad (CHABAS, 2002: 12). Los tribunales franceses se han mostrado severos, por ejemplo, al evaluar la admisibilidad de las enfermedades como "causas extrañas".

En oposición, sin embargo, se ha justificado "el abandono del requisito del *carácter extraño* de la causa de la cual deriva el impedimento de la prestación, dado que existen obligaciones que tienen como objeto un *facere* infungible, cuya prestación puede volverse imposible por eventos que afecten al deudor en su propia persona" (OSTI, 1954: 602).

Antes de pasar al análisis de las características del caso fortuito, es conveniente destacar que ellas no tienen por qué presentarse de manera conjunta. En otras palabras, ellas no carecen de valor si son consideradas individualmente: no se necesita que los tres atributos connoten el evento analizado. Lo decisivo es que en el caso concreto se presente una circunstancia suficientemente determinante del incumplimiento a la que se pueda reconocer con rigurosidad el efecto liberatorio [ver *infra*, 5.2]. Sin embargo, no parece ser esta la interpretación que prevalece en la doctrina nacional, la cual, normalmente sin mayor análisis, pretende sustentar la necesidad copulativa de la presencia de las tres características (OSTERLING, 1988: 201-202; DE TRAZEGNIES, 1988: 308 ss.).

5.1. Extraordinariedad

No hay dificultad en entender que lo ordinario o común no es fortuito. En relación con este punto, es curioso comprobar, de todos modos, cómo los antiguos exégetas franceses tuvieron la audacia de establecer que los eventos ordinarios o comunes eran los que se producían cada dos o tres años (LAROMBIÈRE, DEMOLOMBE, AUBRY y RAU, citados por COVIELLO, 1895: 50). Más allá de tan arbitrarios límites temporales, reinaba lo insólito, lo excepcional. Se llegaba al extremo de identificar la categoría de los eventos "muy insólitos".

Actualmente y, como es obvio, el discurso anterior no es atendible, a pesar de su noble –aunque nocivo a la larga– intento de brindar a los intérpretes pautas precisas para la solución de problemas concretos. Lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales.

Entre nosotros, por ejemplo, los ataques de grupos terroristas contra los medios de transporte terrestre han dejado de tener el carácter habitual que se les podía reconocer, sin problemas, en el decenio 1980-1990. En contrapartida, han pasado a ser comunes los asaltos a mano armada en carreteras, cometidos por delincuentes comunes.

Digna de seguir, en todo caso, es la doctrina que aconseja que "la evidencia y gravedad del caso fortuito no deben inducir, jamás, a descuidar el análisis relativo a la precisa determinación de la actividad a la que se encuentran obligadas las empresas, según la naturaleza del servicio" (BRECCIA, 1991: 479).

5.2. Imprevisibilidad

Autorizadamente, se ha sostenido que la imprevisibilidad no constituye un atributo del caso fortuito, dada la irrefutable comprobación de que existen hechos perfectamente previsibles (fenómenos atmosféricos de gran dimensión, por ejemplo, susceptibles de ser pronosticados por los meteorólogos) que pueden, con todo, revestir carácter liberatorio de responsabilidad (ALPA, 1999: 334). Se ha precisado, del mismo modo, que el criterio de la previsibilidad entra a tallar, con utilidad, "al momento de distinguir los daños, para efectos de limitar al solo caso de dolo el resarcimiento de los daños imprevisibles" (VISINTINI, 1979: 373).

Y más aún, los defensores del subjetivismo –de cuya posición, como creemos haber demostrado, es conveniente apartarse– no han tenido reparos para señalar que el concepto de "previsibilidad" sintoniza con sus postulados, pues constituiría un criterio de medición de la diligencia, de "una diligente 'previsión' remota y programática, dirigida a la autodisciplina seleccionadora de la conducta individual: abstenerse, por ejemplo, de aventurarse en operaciones difíciles o peligrosas, sin acompañarlas de adecuadas medidas de prevención" (FORCHIELLI, 1988: 3; CANDIAN, 1959: 990-991).

Como quiera que sea, el dato positivo no puede ser ignorado. No sin subrayar, una vez más, lo inapropiado de este tipo de definiciones legislativas, una pauta para interpretar el requisito de la imprevisibilidad podría ser la ofrecida por la doctrina francesa, que aprecia en ella, ni más ni menos, "un indicio de la irresistibilidad" (CHABAS, 2002: 4), y considera que para juzgar un evento como impresivisible, hay que tener en cuenta el tiempo y el lugar, además de las circunstancias que se presenten, lo cual equivale a reconocer, una vez más, la *relatividad* de este rasgo (CHABAS, 2002: 4). En una sentencia del Tribunal de París, de julio de 1991, en materia de responsabilidad civil del médico por transfusión de sangre infectada con SIDA, se sostuvo que esta enfermedad, en el contexto actual, no presenta el carácter de la imprevisibilidad necesario para la verificación de una causa eximente, porque a la fecha de la transfusión, los riesgos de contaminación se habían vuelto conocidos (CHABAS, 2002: 7).

5.3. Irresistibilidad

La causa no imputable cuyo acaecimiento extingue la obligación y libera de responsabilidad, debe ser tal, que contra ella no se pueda hacer nada, de manera que impida al deudor proceder de una forma que no resulte dañosa para el acreedor. El caso fortuito o fuerza mayor es un obstáculo que no puede ser evitado por ningún medio (CHABAS, 2002: 7), tal cual resultada graficado en la expresión latina *vis divina*, o en la empleada en el derecho común anglosajón: "*act of God and the king's enemies*" (CAEMMERER, 1933: 239, 252 ss.). En Italia se habla de *inevitabilità* (VISINTINI, 1979: 3).

La doctrina francesa propone un modelo objetivo para la evaluación de la irresistibilidad del caso fortuito *(appréciation "in abstracto")* y compara, al respecto, el proceder del deudor específico y el proceder del individuo ordinario, normalmente diligente, ubicado en las mismas circunstancias externas que el agente (MAZEAUD y CHABAS, 1991: 658; CHABAS, 2002: 10). En Italia, los jueces examinan si la persona que incumple y que alega la causa

no imputable, adoptó todas las medidas posibles, en concreto, para superar el impedimento (VISINTINI, 1979: 373).

6. Prueba de la causa no imputable

Existe consenso en la doctrina en torno de la afirmación de que la causa no imputable se acredita judicialmente mediante la demostración, por parte del deudor, de la ocurrencia del hecho alegado eximente de responsabilidad. En otras palabras, la prueba reviste un carácter *positivo*, y ello constituye un argumento más contra la perspectiva subjetiva, dado que la prueba de la ausencia de culpa es, obviamente, de carácter *negativo* (CHABAS, 2002: 15).

Mayoritariamente, se considera que es necesaria, además de la prueba de la causa de la imposibilidad (el hecho impeditivo específico), la prueba de la no imputabilidad de dicha causa al deudor (BRECCIA, 1991: 485); y de esta proposición se deduce la importante consecuencia de que se tiene que imponer al deudor el riesgo de las llamadas "causas ignotas", que son los eventos anónimos, o de origen dudoso, que determinan la imposibilidad de ejecución de la prestación (VISINTINI, 2002: 78-79).

7. El ámbito de aplicación del caso fortuito o fuerza mayor como causa no imputable

Hay dos últimas puntualizaciones que efectuar, a saber: la virtual improcedencia del caso fortuito y la fuerza mayor como eximentes de responsabilidad en las obligaciones pecuniarias y genéricas; así como el análisis de las posibilidades que el articulado del Código Civil peruano brinda para la aplicación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en el ámbito de las relaciones obligatorias.

7.1. Exclusión de las obligaciones pecuniarias y genéricas

Si se atiende al objeto de la prestación en las obligaciones pecuniarias y genéricas, es fácil de entender que el deber de esfuerzo y el sacrificio del deudor, orientado hacia la satisfacción del interés creditorio, pueden configurarse con límites más amplios de cuanto ocurre en las obligaciones de hacer o en las de entregar o expedir una cosa cierta y determinada (RESCIGNO, 1990: p. 659).

En efecto y, como bien se ha señalado, "la prestación consistente en dar cosas determinadas solo por su género, jamás es objetivamente imposible, porque cosas del género prometido existen en la naturaleza aun cuando el deudor haya perdido, sin su culpa, todas las cosas que tenía que entregar; además, la deuda dineraria tiene por objeto una unidad ideal, que se transfiere de las maneras más diversas: su imposibilidad es concebible solo en casos marginales" (ZATTI y COLUSSI, 2001: 316; VISINTINI, 1979: 358; EAD., 2002: 69; BRECCIA, 1991: 474 ss.; CANTILLO, 1992, II: 755 ss., entre otros. En la doctrina francesa: STARCK, 1972: 612).

Es justo señalar, de todos modos, que la doctrina y la jurisprudencia foránea rinden cuenta de algún caso marginal, precisamente, de aplicación de la eximente de responsabilidad por causa no imputable debido a la *extinción total* del género de cosas involucrado, que es, naturalmente, el único supuesto admisible en este tipo de relaciones obligatorias: el ejemplo es el de un contrato de compraventa de huevos "galicianos", durante la Primera Guerra, que no pudo concretizarse porque el ejército ruso invadió la comarca de Galicia, con lo cual

el mercado local colapsó en su integridad (MENGONI, 1988: 1086, nota [99]; BRECCIA, 1991: 474-475).

7.2. Obligaciones de medios y de resultado

Quien pretenda extraer provecho de la muy famosa y decimonónica distinción de origen germano (BERNHÖFT, Franz; OERTMANN, Paul y FISCHER, Hans Albrecht, entre otros, citados por ORLANDO CASCIO, 1937: 99, nota [2]; y MENGONI, 1954: 305 ss.; MOSCO, 1970: 409), según la cual, hay relaciones obligatorias caracterizadas por la dirección de las prestaciones hacia la producción de una finalidad o resultado (por ejemplo, contrato de transporte), o por el puro empeño del deudor para la realización de un comportamiento diligente (por ejemplo, contrato de servicios profesionales del médico o del abogado), de gran difusión en la primera mitad del Siglo XX en Italia (LEONE, 1915; 100-101; OSTI, 1918: 416 ss.; ID., 1954: 606, nota [31]) y, sobre todo, en Francia (DEMOGUE, 1925, t. V: 542 ss.; TUNC, 1947-1948: *passim;* FROSSARD, 1965: *passim;* STARCK, 1972: 612 ss.; CHABAS, 2002: 3, entre otros), puede encontrar un punto de referencia en el artículo bajo comentario.

En efecto, como ya se ha indicado en el comentario al artículo 1314 del Código Civil precedente, la formulación tradicional de la distinción dice como sigue: "es necesario distinguir los contratos en los cuales el deudor está obligado a prestar una determinada actividad y los contratos en los que está obligado a hacer que el acreedor obtenga un determinado resultado. En los primeros, no hay duda de que el deudor debe solo la diligencia del buen padre de familia, pues esta concierne al contenido de la prestación. En otras palabras, el deudor que emplea la diligencia requerida por la relación contractual no está exento de responsabilidad, por defecto de culpa, sino que ha cumplido con su obligación (...). En cambio, *el deudor que se obliga a hacer que el acreedor consiga un determinado resultado queda liberado únicamente cuando el incumplimiento dependa de una causa extraña no imputable a él, o de un caso fortuito o fuerza mayor, y ello porque el incumplimiento de la obligación está constituido por la prestación no ejecutada*" (LEONE, 1915: 100-101). Y se contempla, para efectos de las acciones de resarcimiento, que la distribución de la carga de la prueba sea diversa, teniendo en cuenta el tipo de prestación de que se trate. Se señala que cuando se comprometen los puros medios, o el comportamiento con arreglo a un estándar, la prueba debe ser dada por el acreedor y consiste en la demostración de la omisión de diligencia. En cambio, cuando lo prometido es un resultado, basta la acreditación de que este no ha sido obtenido para que la responsabilidad se active.

Fuera de valoraciones sobre la utilidad o admisibilidad de la distinción señalada, cuya toma de posición ha sido materia del comentario al artículo 1314 del Código Civil, nos limitamos en este apartado a agregar que su defensa en nuestro medio tendrá, necesariamente, que saldar cuentas y coordinarse con lo dispuesto, conjuntamente, por los artículos 1314, 1315 y 1316 del Código Civil. Una posibilidad, que creemos la correcta, ha sido ya intentada en el comentario al artículo precedente.

DOCTRINA

ANELLI, Franco, Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore, Giuffrè, Milán, 1990; ALPA, Guido, Trattato di Diritto Civile, vol. IV, La responsabilità civile, Giuffrè, Milán, 1999; BARASSI, Lodovico, Teoria Generale delle Obbligazioni, 2ª. ed., vol. III, Giuffrè, Milán, 1948; BETTI, Emilio, Teoria Generale delle Obbligazioni, vol. I, Giuffrè, Milán, 1953; BIANCA, C. Massimo, Dell'inadempimento delle obbligazioni, 2ª. ed., en Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Zanichelli Editore y Società Editrice del Foro Italiano, Bolonia y Roma, 1979; BIANCA, C. Massimo, Diritto civile, vol. 5, La responsabilità, Giuffrè, Milán, 1994; BRECCIA, Umberto, Le Obbligazioni, en Trattato di Diritto

Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milán, 1991; CABELLA PISU, Luciana, Dell'impossibilità sopravvenuta, en Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano, Zanichelli Editore y Società Editrice del Foro Italiano, Bolonia y Roma, 2002; CAEMMERER, Ernst Von, voz "höhere Gewalt", en Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, fundado por Franz SCHLEGELBERGER, t. IV, Berlín, Franz Vahlen, 1933, pp. 239-267; CAGNASSO, Oreste, voz "Impossibilità sopravvenuta della prestazione I) Diritto Civile", en Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XVI, Roma, 1989; CANDIAN, Aurelio, voz "Caso fortuito e forza maggiore", en Novissimo Digesto italiano, vol. II, Utet, Turín, 1959, pp. 988-992; CANNATA, Carlo Augusto, voz "Responsabilità contrattuale nel Diritto Romano, medievale e moderno", en Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, vol. XVII, Utet, Turín, 1998, pp. 66-88; CANTILLO, Michele, Le Obbligazioni, t. II, en Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e Commerciale fondata da Walter Bigiavi, Utet, Turín, 1992; COMPORTI, Marco, Esposizione al pericolo e responsabilità civile; Nápoles, Edizioni Morano, 1965; COTTINO, Gastone, L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore, Giuffrè, Milán, 1955; COTTINO, Gastone, voz "Caso fortuito e forza maggiore", en Enciclopedia del diritto, vol. VI, Giuffrè, Milán, 1960, pp. 377-390; COVIELLO, Nicola, Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni, Rocco Carabba Ed., Lanciano, 1895; CHABAS, François, voz "Force majeure", en Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil, t. VI, 2002; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El contrato en general, 2ª. ed., t. I, Palestra Editores, Lima, 2001; DELFINI, Francesco, Dell'impossibilità sopravvenuta, en Il Codice Civile-Commentario fondato e già diretto da Piero Schlesinger, continuato da Francesco Donato Busnelli, Giuffrè, Milán, 2003; DEMOGUE, René, Traité des Obligations en Général, t. V, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925; DE TRAZEGNIES, Fernando, La responsabilidad extracontractual, t. I, en Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV, Fondo Editorial PUCP, Lima 1988; DI MAJO, Adolfo, La responsabilità contrattuale, Giappichelli, Turín, 1997; DI MAJO, Adolfo, voz "Responsabilità contrattuale", en Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, vol. XVII, Utet, Turín, 1998, pp. 25-66; ELSTER, Alexander, voz Höhere Gewalt, en Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, fundado por Fritz STIER-SOMLO y Alexander ELSTER, t. III, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1928, pp. 196-199; FORCHIELLI, Paolo, voz "Caso fortuito e forza maggiore I) Diritto Civile", en Enciclopedia giuridica Treccani, vol. V, Roma, 1988; FRANZONI, Massimo, "Il libro delle obbligazioni e dei contratti", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, año XLVII, núm. 3, 1993, pp. 861-871; GIORGIANNI, Michele, L'inadempimento, Giuffrè, Milán, 1959; GIORGIANNI, Michele, voz "Inadempimento (diritto privato)", en Enciclopedia del Diritto, vol. XX, Giuffrè, Milán, 1970, pp. 860-890; LÉGIER, Gérard, voz "Responsabilité contractuelle", en Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de Droit Civil, t. VIII, Dalloz, París, 1989; LEONE, Francesco, "La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale", en Rivista di Diritto Civile, año VII, 1915, pp. 84-103; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y François CHABAS, Leçons de Droit Civil, t. II, vol. 1, Obligations. Théorie générale, 8ª. ed., París, Montchrestien, 1991; MENGONI, Luigi, "Obligazzioni di 'risultato' e obbligazioni di 'mezzi' (Studio critico)", en Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1954, parte I, pp. 185 y ss., 280 y ss., y 366 y ss.; MENGONI, Luigi, voz "Responsabilità contrattuale", en Enciclopedia del diritto, vol. XXXIX, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 1072-1099; MICCIO, Renato, Delle obbligazioni in generale, 3ª. ed., en Commentario del Codice Civile, Turín, Utet, 1982; MOSCO, Luigi, voz "Impossibilità sopravvenuta della prestazione", en Enciclopedia del diritto, vol. XX, Giuffrè, Milán, 1970, pp. 405-440; ORLANDO CASCIO, Salvatore, "Osservazioni critiche sulla teoria della responsabilità per colpa", en Il circolo giuridico, nueva serie, año VIII, 1937, parte I, pp. 79-120; OSTERLING, Felipe, Las Obligaciones, en Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. VI, Fondo Editorial PUCP, Lima 1988; OSTI, Giuseppe, "Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione", en Rivista di Diritto Civile, año X, 1918, pp. 209-259, 313-360, 417-471; OSTI, Giuseppe, "Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, año VIII, 1954, pp. 593-616; OSTI, Giuseppe, voz "Impossibilità sopravveniente", en Novissimo Digesto italiano, vol. VIII, Utet, Turín, 1962, pp. 287-300; PARDOLESI, Roberto, "Analisi economica e diritto dei contratti", en Politica del diritto, año IX, núm. 6, 1978, pp. 699-749; PERLINGIERI, Pietro y otros, Manuale di Diritto Civile, ESI, Nápoles, 1997; REALMONTE, Francesco, voz "Caso fortuito e forza maggiore", en Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, t. II, Utet, Turín, 1988, pp. 248-255; RESCIGNO, Pietro, Manuale del Diritto Privato italiano, 9ª. ed., Nápoles, Jovene, 1990; SCHULTZ, Fritz, History of Roman Legal Science, Oxford, University Press, 1953; SCUTO, Carmelo, Istituzioni di Diritto Privato, 7ª. ed., vol. III, Teoria Generale delle Obbligazione. Teoria Generale del Contratto, Libreria Internazionale Treves, Nápoles, 1955; STARCK, Boris, Droit Civil: Obligations, Librairies Techniques, París, 1972; STELLA MARANCA, Filippo, "Les 'regulae iuris' et la 'definitio in iure civili'", en Recueil d'etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Geny, t. II, Les sources générales des systèmes

juridiques actuels, Sirey, París, 1934, pp. 91-111; TRIMARCHI, Pietro, Causalità e danno, Giuffrè, Milán, 1967; TRIMARCHI, Pietro, "Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, vol. XXIV, 1970, pp. 512-531; TUNC, André, "Force majeure et absence de faute en matière contractuelle", en Revue Trimestrielle de Droit Civil, t. 43, 1945, pp. 235-259; TUNC, André, "Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza", en Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'economia, Diritto Sociale, vol. I, parte I, 1947-1948, pp. 126-145; VISINTINI, Giovanna, La responsabilita contrattuale, Jovene, Nápoles, 1979; VISINTINI, Giovanna, Inadempimento e mora del debitore, en Il Codice Civile-Commentario diretto da Piero Schlesinger, Giuffrè, Milán, 1987; VISINTINI, Giovanna, Trattato breve della responsabilità civile, 2ª. ed., Cedam, Padua, 1999; VISINTINI, Giovanna, Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el Derecho y la jurisprudencia civil, al cuidado de Leysser L. LEÓN, Ara Editores, Lima, 2002; TUHR, Andreas Von, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts (1910-1918), reimpresión, t. II, vol. 2, Duncker & Humblot, Berlín, 1957; ZATTI, Paolo y Vittorio COLUSSI, Lineamenti di diritto privato, 8ª. ed., Cedam, Padua, 2001.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

El terremoto como un caso fortuito

{P}ara la empresa recurrente el sismo ocurrido el quince de agosto de dos mil siete constituye un supuesto de fuerza mayor que, bajo los alcances del artículo 1315 del Código Civil, justifica el incumplimiento, a tal punto que el propio Decreto Supremo N° 049-2007-EM suspendió, en las zonas afectadas, las normas que regulaban la idoneidad del servicio contratado. Es decir, invoca la existencia de un supuesto de fractura causal que la libera de la responsabilidad por los daños ocurridos ***(Cas. N° 4746-2011-Ica).***

Ruptura del nexo causal en la responsabilidad contractual

En cuanto a la fractura del nexo causal, se entiende, conforme a lo desarrollado por la doctrina, que esta "se configura cada vez que en un determinado supuesto se presenta un conflicto entre dos conductas o causas sobre la realización de un daño, el mismo que será resultado de una sola de dichas conductas. En ese sentido, en todo supuesto de fractura causal una de las conductas o causa habrá producido o causado el daño y la otra no habrá llegado a causarlo justamente por haber sido la misma consecuencia de la otra conducta". En este sentido, se aprecia que la existencia de una fractura causal implica necesariamente la coexistencia de por lo menos dos causas que intervienen en la producción de los daños sufridos por la víctima, de tal suerte que la causa sobreviniente o ajena termina predominando sobre la inicial ***(Cas. N° 4746-2011-Ica).***

La imprevisibilidad del caso fortuito

{L}a cuestión de hecho establecida por las sentencias de mérito, en el sentido de que la tormenta de mar fue extraordinaria, por sí sola no determina, ni califica el caso fortuito o la fuerza mayor, porque es necesario además que se establezca que dicho fenómeno atmosférico fue imprevisible e irresistible, lo que evidencia un error de subsunción del caso particular con el presupuesto abstracto de la norma, sin relación de causalidad, que más bien indica la aplicación indebida de los artículos seiscientos treintitrés del Código de Comercio y mil trescientos quince del Código Civil; y no la interpretación errónea, pues esta figura se produce cuando la norma es pertinente y se le da un sentido que no le corresponde ***(Cas. N° 1520-1998-Callao).***

Características del caso fortuito y de la fuerza mayor

El artículo mil trescientos quince del Código Civil (...) define como caso fortuito o fuerza mayor a la causa no imputable consistente en un evento extraordinario imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Extraordinario es aquello fuera de lo común, imprevisible es aquello que no puede ser previsto en el orden normal de los sucesos y del pensamiento humano; e irresistible es aquello a lo que no se puede oponer, por ser superior a los recursos y posibilidades de contención. El profesor Felipe Osterling (...) precisa que el caso fortuito alude solo a los accidentes naturales, en cambio la fuerza mayor involucra actos de terceros, como los atribuidos a la autoridad {...} que las características de extraordinario, imprevisible e irresistible constituye simples derroteros para el juez, pues su facultad de apreciación en esta materia es muy amplia y comprenderá el examen de todas las circunstancias del caso analizado ***(Cas. N° 1520-1998- Callao).***

Diferencias entre el caso fortuito y de la fuerza mayor

Corresponde realizar un análisis a lo que se debe considerar como "caso fortuito", y a lo que debe ser considerado como "fuerza mayor", esto en virtud a que la normatividad para el caso, como es la "Directiva para la evaluación de solicitudes de calificación de fuerza mayor", lo entiende como una situación diferente al caso fortuito. Siendo ello así, y como lo

entiende Mosset, que "la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor va más allá de lo puramente teórico, caracterizan al primero por su "imprevisibilidad" y a la fuerza mayor por implicar la "irresistibilidad". En tal sentido, se debe entender como "caso fortuito" cuando es posible evitar el daño producido mediante actos de previsibilidad, esto es se puede evitar mediante una diligencia normal, en cambio será "fuerza mayor" cuando aun habiéndose previsto, era imposible impedir que se produzca el daño, como se daría el caso en los casos de desastres naturales. En el presente caso, a efectos que el demandante se encuentre exento de responsabilidad, debe ubicarse dentro de los actos calificados como fuerza mayor, como también la señala la citada directiva contenida en la Resolución de OSINERG N° 010-2004-OS-CD; sin embargo, del análisis del hecho ocurrido que produjo la interrupción del servicio de energía eléctrica, no puede ser considerado como un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, pues el recurrente sí tenía el control respecto a la ocurrencia del hecho, esto es, le correspondía realizar las acciones preventivas con los usuarios del servicio de energía eléctrica, a efectos de asegurar la existencia de mecanismos de protección en las instalaciones particulares que impidan el impacto de los desperfectos que acontezcan en dichas instalaciones en el resto de los usuarios; además, debe realizar actividades tendientes a orientar, conservar y mantener sus propias obras e instalaciones en condiciones adecuadas a fin de garantizar la calidad del servicio brindado (Cas. N° 1693-2014-Lima).

SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Prueba del caso fortuito y de la fuerza mayor

{E}l Código Civil no distingue entre los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, requiriéndose en ambos casos acreditar la existencia de eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles y que, por lo tanto, no pueden ser controlados por el obligado a ejecutar una prestación. Con relación a la probanza de estas circunstancias eximentes de responsabilidad, Messineo sostiene que "probar el caso fortuito (o la fuerza mayor) no significa probar que aquel daño no se debe a la negligencia del llamado a responder (como imputable a él), sino que significa probar que se debe a un hecho positivo que se concrete en un evento, o en un hecho extraño al sujeto y no evitable (...)". Atendiendo a ello, el punto de partida para demostrar la existencia de una causa que exima de responsabilidad a un proveedor es la probanza de un evento determinado que tiene una característica de exterioridad respecto a él ***(Resolución N° 0064-2006/TDC-INDECOPI).***

El caso fortuito y la fuerza mayor como eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles

El artículo 1315 del Código Civil establece que el caso fortuito y la fuerza mayor se caracterizan por constituir eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. Es decir, para que se configure un caso fortuito deberán cumplirse dichos requisitos. Respecto del requisito de extraordinario con el que debe cumplir el caso fortuito, la doctrina señala lo siguiente: "(...) el hecho debe ser extraordinario y por ello se entiende que no constituya un riesgo típico de la actividad o cosa generadora del daño. El artículo 1315 del Código Civil se refiere a un evento extraordinario. Por consiguiente, se trata de un hecho que no es común, que no es usual". Adicionalmente, De Trazegnies señala que la irresistibilidad "supone que el presunto causante no hubiera tenido oportunidad de actuar de otra manera. No basta con que la adopción de otro curso de acción hubiera sido simplemente muy difícil; se requiere que haya sido imposible". Respecto de la previsibilidad, el autor sostiene que "si una persona tiene una capacidad superior a otros para evitar un daño y no lo hace, mal podríamos hablar de caso fortuito". Finalmente, el caso fortuito debe cumplir con ser notorio y de magnitud. Ello, a decir de De Trazegnies, consiste en que el hecho debe ser algo fuera de lo común no solo para los sujetos involucrados, sino para todo el mundo: "La notoriedad implica que el carácter extraordinario de un hecho no puede ser apreciado subjetivamente (cuánto de extraordinario tiene para el sujeto involucrado), sino que tiene que ser apreciado objetivamente (en qué medida ese hecho es extraordinario para cualquiera) (...). Para el derecho, el caso fortuito es siempre un hecho manifiesto, de gran magnitud, de carácter general (...). Son indudablemente casos fortuitos el terremoto, la invasión de langostas o el bombardeo" ***(Resolución N° 0057-2000-TDC-INDECOPI).***

TRIBUNAL DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

El caso fortuito debe ser un evento ajeno a la esfera de control del deudor

{E}l Código Civil establece en su artículo 1315 que el caso fortuito o la fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En virtud a la documentación presentada por el Postor, se ha determinado que el hecho alegado como justificante para la no suscripción del contrato, es decir, el desfase operativo que originó el cierre de sus cuentas, no se puede considerar como un hecho imprevisible o sobreviniente , que estuviera fuera de la esfera de control y decisión del administrado, toda vez que, tal como señaló el Postor en sus descargos, el inconveniente surgido con la institución financiera acaeció el 30 de julio de 2004, cuando se rechazó el pago del cheque N° 06559640, hecho que permaneció inalterable hasta el 15 de abril de 2005, cuando la institución financiera reconoció que por un error generado en su sistema, se cerraron las cuentas bancarias de la contratista ***(Resolución N° 1262-2007/TC-S3).***

Imposibilidad sobreviniente

Artículo 1316.- *La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.*

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

También se extingue la obligación que solo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si este no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

Concordancias:
C.C. arts. 1138, 1314, 1315, 1317

Yuri Vega Mere

Hasta el día de hoy se ha escrito muy poco sobre los alcances de los artículos que el Código Civil dispensa a una materia tan rica como es la del incumplimiento de las obligaciones. Inclusive, si se revisa la sucinta Exposición de Motivos al Libro de las Obligaciones, es posible advertir que uno de los cambios que el propio legislador destaca está dado por haber consagrado como criterio de irresponsabilidad del deudor la prueba de la diligencia con la que ha obrado en la fase ejecutiva de la relación obligatoria, no siendo necesaria (según se comenta) la demostración del *casus* para no quedar sujeto al pago de indemnización alguna (la llamada ausencia de culpa). De esta manera, y siempre para el legislador, al deudor le basta acreditar que no ha actuado culposamente pese a no haber cumplido la prestación o haberla ejecutado de manera inexacta (parcial, tardía o defectuosamente). Ese parece ser el sentido del artículo 1314 del Código.

Sin embargo, la conclusión puede pecar de simplista por no considerar que la diligencia no basta, en ciertos casos, para satisfacer el interés primario del acreedor. Por ello, y aun cuando la explicación exceda el marco del comentario asignado al artículo 1316 y especialmente al numeral 1317, estimamos necesario atribuir un razonable significado a la prueba de la diligencia por parte del deudor.

Hace alrededor de ochenta años se difundió en la doctrina francesa (por obra de Demogue) la distinción entre obligaciones de medios y resultado que ha sido matizada o cuestionada, pero que sigue presente en la doctrina. Pese a las críticas que se han deslizado, la clasificación conserva valor para poder entender por qué en ciertas relaciones obligatorias al acreedor le resulta insuficiente la prueba del obrar diligente del deudor. A ello ha de añadirse que en la jurisprudencia de ciertos países los tribunales han configurado determinadas prestaciones como obligaciones de resultado, en cuyo caso, si el deudor no aporta el mismo, queda sujeto a responsabilidad. Este cambio de rumbo se aprecia, por ejemplo, en la medicina de orden estético.

La clasificación aludida no es extraña a nuestro sistema. Ella, inclusive, se encuentra enunciada en el artículo 1755 cuando se señala que por la prestación de servicios se conviene

que estos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente. Empero, el enunciado[1] se ciñe únicamente a los servicios (es decir, a un *facere*).

Las diferencias entre una obligación de medios y otra de resultado tienen directa relación con el régimen de la responsabilidad que incumbe al deudor, en la medida que en la primera el obligado –se afirma– no resulta sujeto al pago de indemnización alguna si demuestra que fue diligente, pese a no haber cumplido la obligación o si su cumplimiento fue inexacto. En cambio, si el supuesto perfila una obligación de resultado, poco importará que demuestre que actuó con la diligencia ordinaria requerida por la prestación concreta si no se alcanzó ese *opus* (o valor patrimonial, expresado en algún desplazamiento o atribución) con el cual el acreedor pretendía satisfacer su interés. En este último caso resultará indispensable al deudor demostrar que la inejecución o el cumplimiento inexacto fue impedido por un hecho ajeno a su esfera de control, que no le es imputable.

Por otro lado, la diligencia, sobre la cual nos ocuparemos al comentar el artículo 1320, no debe entenderse como un simple despliegue de energías o como el recurso a los medios técnicos y de otra índole para el cumplimiento de la obligación sin miras a un cierto objetivo. Si bien no se cuestiona que al deudor no le es exigible un resultado que no depende de él (curar al paciente, por ejemplo), lo cierto es que la actividad que desarrolle debe, cuando menos, arbitrar al acreedor los medios o instrumentos con los cuales este pueda alcanzar una cierta finalidad (por ejemplo, el médico debe suministrar la medicina adecuada para que el paciente pueda sanar). La actuación diligente se mide con la satisfacción de ese interés instrumental que puede ser entendido como un interés secundario del acreedor, pero no privado de vinculación con el objetivo final.

No obstante la utilidad de esta clasificación, la sola lectura del artículo 1314 del Código, considerada de manera aislada, podría inclinar el punto de vista del operador hacia un claro rechazo de la misma bajo el argumento de que el deudor no es imputable si prueba que fue diligente. Pero ello no siempre es así, y al efecto basta recordar la figura de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero sobre el cual algunos autores hoy pretenden construir un régimen menos riguroso que el que resulta del propio texto de la norma. Si la conclusión fuera, entonces, que el artículo 1314 es la regla que se aplica a todo caso de incumplimiento de cualquier obligación[2], el régimen legal consagrado en el Código sería el de la responsabilidad contractual basado en la culpa[3]. Esta misma solución se alcanzaría si se tiene en cuenta que el artículo 1321 establece como únicos factores de atribución el dolo y la culpa (inexcusable y grave).

No creo que esa sea la solución adecuada. Es más, tengo la impresión de que el propio Código Civil facilita ciertas derogaciones a aquella apreciación. Así, y a riesgo de anticiparme al comentario de la norma siguiente, creo que el artículo 1317 es el que se aproxima de una forma menos subjetiva a la figura del incumplimiento en el que no basta con probar la diligencia para exonerar al deudor.

(1) Adviértase que remarco la palabra "enunciado", pues mantengo reservas sobre si dicho artículo es descriptivo o prescriptivo.

(2) Sin perjuicio de las reglas especiales típicas de cada contrato que el intérprete debe considerar.

(3) Con algunas excepciones, como el caso de la responsabilidad por los hechos dolosos o culposos de los auxiliares de los cuales se sirve el deudor.

De acuerdo con este precepto, al deudor le será indispensable probar una causa no imputable para liberarse de responsabilidad por no haber podido ejecutar la prestación o ejecutarla de un modo diverso al previsto en el programa contractual. Solo si prueba una causa no imputable quedará librado de las consecuencias del incumplimiento y para ello, reiteramos, no basta acreditar el actuar diligente sino un hecho que escape a su control. Ya regresaremos sobre este tema, especialmente porque entendería que esta norma se aproxima más hacia una concepción objetiva del incumplimiento contractual que acomodaría la interpretación que merecen los artículos 1314 y 1321.

Sin embargo, lo apenas anotado tiene directa relación con la norma bajo comentario. En efecto, el artículo 1316 se refiere al impedimento que hace imposible de manera transitoria o definitiva la ejecución de la prestación y sustenta la irresponsabilidad del obligado en la mediación de una causa no imputable. Si se asume la no imputación como sinónimo de ausencia de culpa y esta es entendida como la actuación diligente del obligado, entonces llegaríamos al mismo resultado que se tuvo de la lectura provisional del artículo 1314 antes referido. Pero si entendemos que el deudor debe demostrar que existió un impedimento que hizo imposible que ejecutara la prestación y que dicha imposibilidad no le es imputable, entonces adquiere valor primario el hecho objetivo del incumplimiento. Y si el mismo obligado demuestra que la imposibilidad fue no culposa, entonces el deudor será liberado y la ausencia de culpa sin más no será suficiente. No es un simple juego de palabras. Lo que sostengo es que no basta con probar la ausencia de culpa sino la imposibilidad no culposa: un dato objetivo calificado por el comportamiento del deudor.

Esta posición le da sentido al artículo 1316 y, especialmente, al numeral 1317. En efecto, el primero señala, en su primer párrafo, que la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Esta primera norma se orienta, antes que a nada, a regular el efecto extintivo de la imposibilidad. Y, de otro lado, es dado entender que nos encontramos ante un supuesto de imposibilidad sobreviniente, no originaria, ya que en este último caso la obligación (*rectius*: su fuente) no hubiera sido válida.

En rigor, la prestación se extingue como tal, y en la medida en que no nos encontremos ante una obligación genérica o pecuniaria, cuando sobrevienen causas que la convierten en inejecutable se produce la extinción; es decir, cuando no es más susceptible de ejecución, inclusive con prescindencia de la culpa del deudor. Esta regla no dice nada sobre las consecuencias de la imposibilidad de cumplir con la obligación. Será el artículo 1317 el que regulará los efectos. Empero, la interpretación que se debe tener es que la relación desaparece si la imposibilidad sobreviniente no es imputable al deudor y este no quedará sujeto al cumplimiento por equivalente.

No tenemos noticia si esta norma ha tenido influencia del BGB en su versión originaria, pues la pandectística alemana, que tuvo gravitación sobre la redacción del Código alemán, añadió al supuesto del retardo o mora el de la imposibilidad. Sin embargo, lo cierto es que la imposibilidad es uno de los supuestos de incumplimiento. Es más, no solo se produce la inejecución cuando el deudor deja de cumplir deliberadamente, por negligencia o cuando existe la referida imposibilidad. Existen otros supuestos en que el deudor cumple mal, de modo inexacto, o bien cumple la prestación principal pero no observa prestaciones complementarias (por ejemplo, viola el deber de exclusividad en un contrato de suministro al proveer con los mismos bienes a un tercero), que también son hipótesis que el intérprete debe tener presente al momento de atacar el tema de la inejecución.

Una de las cuestiones que debe contemplarse en esta materia tiene vinculación con la naturaleza de la imposibilidad. Para algunos autores debe tratarse de una imposibilidad objetiva, es decir, que afecta al deudor y que afectaría a cualquier persona en la misma posición que la que ocupa el obligado y que, por tanto, tiene relación con la prestación comprometida. Para otros, la imposibilidad podría tomar en cuenta los impedimentos que recaen sobre el deudor. No hay opinión unánime, pero sí mayoritaria respecto de que ha de tratarse de una imposibilidad objetiva. Ni siquiera debe tratarse de dificultad o un mayor sacrificio, aunque la diligencia con la que debe haber obrado el deudor para evitar la imposibilidad tampoco puede ser superior a la media, a la ordinaria o a la exigida por la naturaleza de la obligación, según veremos. De allí que hubiere surgido, como parámetro en la doctrina alemana, la idea de la inexigibilidad cuando el sacrificio es superior al deseable y exigible.

Es más, no falta quien sostiene que hasta la enfermedad que afecte la salud del deudor, aun causada por un descuido del mismo obligado, también debería ser asimilada a la imposibilidad, alegando que antes que el interés pecuniario ha de primar la libertad que tiene el deudor respecto del cuidado de su salud.

Me parece que mayor justificación para liberar al deudor tiene la imposibilidad de corte objetivo. Si el deudor no puede cumplir la prestación por razones personales, solo de manera excepcional, y en atención a lo que razonablemente se puede esperar de él, se podría admitir su menoscabada habilidad para cumplir con la prestación como ocurre, por ejemplo, cuando nos encontramos ante una enfermedad no originada en su descuido o también en aquellos casos en los que la muerte de un familiar determina un impedimento insuperable que afecta el cumplimiento de la prestación. Y es que, a decir verdad, si partimos de la idea de que la actividad del deudor queda comprometida desde el momento mismo del nacimiento de la obligación, es fácil entender que desde ese instante el deudor debe orientar su comportamiento hacia la satisfacción del interés del acreedor. Por ello, todas las actividades y la culpa en la que incurra durante los actos previos o preparatorios del cumplimiento de la prestación que lo afecten únicamente a él, bien podrían fundamentar y generar la convicción en el juez de que la imposibilidad subjetiva que alega el obligado no es suficiente para liberarlo de los efectos del incumplimiento o del cumplimiento inexacto de la obligación.

Retomando el hilo conductor relativo a la forma en que entendemos cómo se configura el incumplimiento, aun cuando la norma bajo análisis se refiere a la imposibilidad sobreviniente, también en este caso (que es una especie más del género incumplimiento) entendemos que el deudor solo se libera si demuestra que dicha imposibilidad no le es imputable, es decir, se debe tratar de un impedimento no culposo y, en esa línea, corresponderá al deudor demostrar que no provocó la imposibilidad o que no era previsible el hecho que causó la imposibilidad. Y, de haber sido previsible, que realizó todos los esfuerzos exigibles para evitar el resultado.

La norma también se refiere a la imposibilidad transitoria. Las reglas con las que debe leerse y aplicarse este precepto son las mismas. Debe considerarse, además, la conversión de la imposibilidad momentánea o provisoria en definitiva, en cuyo caso se extingue la obligación y cesa el estado de pendencia que existía sobre el deudor. Para que ocurra ello, se contemplan distintas razones. La primera es que la causa debe persistir hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla. Un supuesto relacionado con el título de la obligación puede ser el plazo esencial con el que se pactó la ejecución de la prestación y que se cumple cuando aún la imposibilidad es transitoria, o bien que se trate de un contrato de arrendamiento de casa de temporada que termina mientras se mantiene el impedimento.

El artículo alude, asimismo, al caso en que el acreedor pierda justificadamente interés en el cumplimiento o ya no le sea útil. La calificación de "pérdida injustificada" es de compleja definición. En principio, entiendo, debería tomarse como filtro el interés típico del acreedor en una relación obligatoria dada, es decir, determinar qué interés se satisface a través de la figura negocial concreta. Esta inicial aproximación es insuficiente. Mayor razonabilidad tiene la determinación de la pérdida de interés del acreedor si se toma en cuenta el fin práctico perseguido por las partes, el propósito de orden pragmático que dio lugar la relación obligatoria.

Finalmente, el artículo en comentario se refiere a la extinción de la obligación que es pasible de cumplimiento parcial cuando no es útil para el acreedor o cuando este no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. La excepción a la expiración del vínculo se presenta cuando el acreedor mantiene interés o la ejecución parcial de la obligación le sigue siendo útil, en cuyo caso el deudor deberá cumplir la parte o porción de la prestación susceptible de ser ejecutada, reduciéndose la contraprestación, si la hubiere.

DOCTRINA

BETTI, Emilio, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, Tomo 1; BIANCA, C. Massimo, Diritto Civile, Giuffrè, Milano, 5, La responsabilità; BIANCA, C. Massimo, La negligencia en el Derecho Civil italiano, AAVV, en Estudios sobre la responsabilidad civil, Ara Editores, Lima, 2001; DI MAJO, Adolfo, La responsabilitá contrattuale, G. Giappichelli, Torino, 2002; DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1993, Volumen I; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, Segunda Edición; GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, Giuffrè, Milano, 1993; LEÓN BARANDIARÁN, José, Comentarios al Código Civil peruano, Ediar, Buenos Aires, Tomo II; MENGONI, Luigi, Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", Rivista del Diritto Comérciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, Anno LII, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, Milano, 1954, traducido al español en los materiales de enseñanza del Prof. Gastón Fernández Cruz para el curso de Responsabilidad Civil de la Maestría de la PUCP; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, Tratado de las Obligaciones, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, Vol. XVI, Cuarta Parte, Tomos X y XI; OSTI, Giuseppe, Deviazioni dottinali di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1954, traducido al español en los materiales de enseñanza del Prof. Gastón Fernández Cruz para el curso de Responsabilidad Civil de la Maestría de la PUCP; VISINTINI, Giovanna, Responsabilidad contractual y extracontractual, Ara Editores, Lima, 2002.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Extinción de la obligación por causa no imputable al deudor

{E}sta norma {artículo 1316} se encuentra referida a la extinción de la obligación por causa no imputable al deudor, para lo cual al deudor le será indispensable probar una causa no imputable para liberarse de responsabilidad por no haber podido ejecutar la prestación o ejecutarla de un modo diverso al previsto en el programa contractual y solo si prueba una causa no imputable quedará librado de las consecuencias del incumplimiento y para ello, no basta acreditar el actuar diligente sino un hecho que escape a su control (Cas. N° 1079-2014-Lima).

Incumplimiento no imputable

Artículo 1317.- ***El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.***

Concordancias:
C.C. arts. 1314, 1315, 1316, 1336, 1340, 1741, 1742; LEY 26887 art. 190

YURI VEGA MERE

Como dijimos al comentar el artículo 1316, en nuestra opinión (por cierto, basada en la posición asumida por Osti en Italia al comentar el del Código Civil italiano de 1865 que influyó sobre la redacción del artículo 1218 del actual *Codice Civile* de 1942 –también comentada por Osti– y que es una norma bastante cercana en su redacción al artículo 1317 del Código peruano), para que el deudor se libere del incumplimiento o de la imposibilidad sobreviniente de la prestación, no basta la prueba de la diligencia, asumida (en apariencia) por nuestro legislador como ausencia de culpa. En esta línea de interpretación, para nosotros es necesario que el deudor demuestre no ser responsable del impedimento que determinó la imposibilidad acreditando que dicha imposibilidad no se debió a un hecho que le sea imputable, es decir, quedará eximido de responsabilidad solo si la imposibilidad es no culposa.

El artículo 1317 tiene mayor vinculación con dos temas. En primer lugar, ya no se refiere a la imposibilidad sobreviniente como ocurre con el numeral precedente. Disciplina, más bien, el incumplimiento en sí mismo y el cumplimiento inexacto (que también son especies de la inejecución al igual que la imposibilidad). Y en ambos casos, a mi entender, la regla sigue siendo la misma. El obligado debe demostrar que ha mediado una causa no imputable para liberarse de responsabilidad sin ser suficiente la prueba de la diligencia. En segundo lugar, la norma se refiere a la exclusión de los efectos del incumplimiento, que es la sujeción del deudor a la reparación de los daños[1].

Si ello es así, ¿cómo interpretar, entonces, las normas de los artículos 1314 y 1321?

Como sabemos, el artículo 1314 señala que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Para nosotros, ello no implica que baste la prueba de la diligencia a efectos de no imputar responsabilidad al obligado. Lo que esta norma quiere decir es que la inejecución o el cumplimiento inexacto deben obedecer a hechos que escapan al control del deudor y que, por ende, tales hechos no le son atribuibles. Probar la diligencia, el cuidado, la atención, la buena fe, no explican por sí solos las razones que han imposibilitado o impedido al deudor ejecutar la prestación.

Lo apenas señalado tiene especial relevancia en el caso de las llamadas obligaciones de resultado. En cambio, en las obligaciones calificadas como prestaciones de medios, la diligencia que libere al deudor tiene directa relación con el aporte de su esfuerzo para la entrega, puesta a disposición, atribución o desplazamiento patrimonial o el correspondiente *facere* que

(1) No está de más decir que el Código no es riguroso técnicamente cuando se refiere a los "daños" y los "perjuicios", que parece ser un rezago de la antigua traducción de los daños-intereses del Code Civil. Basta con señalar que se responde de los daños.

constituya el mecanismo, herramienta o instrumento que satisface, si no el interés primario del acreedor, cuando menos el interés que este ha puesto en la actividad prometida por el obligado y que apunta o tiene como meta, según dijimos, permitir al acreedor alcanzar un cierto objetivo. Y también, en este caso, será necesario que además de la prueba de la diligencia el deudor evidencie las razones por las cuales, pese a su diligencia, no pudo cumplir. En otros términos, las razones por las cuales no se ejecutó la prestación o fue cumplida de modo inexacto, siempre que tales razones no obedezcan a su culpa (en sentido lato).

A su turno, el primer párrafo del artículo 1321 del Código prescribe que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. En este caso la interpretación con la que se pretenda captar el mensaje de este precepto es distinta. Lo que se quiere decir en esta norma es que al presumirse la culpa leve, o al probarse la culpa inexcusable o el dolo (de acuerdo con las normas que contiene el Código Civil; *vid.* artículos 1329 y 1330), el deudor queda sujeto al pago de la reparación por los daños causados al acreedor, con directa incidencia sobre los alcances de la indemnización. Y es que, pese a invadir un comentario ajeno, el artículo 1321 tiene importancia, en mi opinión, con la extensión del resarcimiento y no con el incumplimiento. Para este basta la no ejecución que obedezca a un impedimento cuya causa resulte imputable al deudor. La norma últimamente citada se destina a diferenciar (curiosamente en un sistema que no sanciona el dolo) los efectos del incumplimiento, según medie dolo o culpa inexcusable y culpa leve[2], y no el incumplimiento mismo.

En la posición contraria se argumentará que causa no imputable es sinónimo de ausencia de culpa y que tanto el artículo 1317 como el 1314 encuentran una adecuada armonía al asentar dicho parámetro para determinar cuándo existe (o no) responsabilidad del deudor. Del mismo modo, es previsible que se señale que el artículo 1316 se refiere a la imposibilidad sobreviniente y que tiene relación más con el artículo 1256 del *Codice Civile* [3] que con el artículo 1218[4] del mismo Código italiano.

Sin embargo, en Italia, juristas como Osti, Visintini o Di Majo, por citar algunos pocos nombres autorizados, consideran que la interpretación adecuada del artículo 1218 alude a la imposibilidad originada en un impedimento no imputable al deudor para que este quede

(2) Según se comenta, la diferencia provendría de Pothier, quien habría admitido, según se interpreta, la posibilidad de que un deudor actúe sin culpa grave (y, curiosamente, de buena fe), por ejemplo cuando toma en herencia un inmueble que arrienda por un plazo extenso, pero que luego es terminado por un heredero con mayor derecho. Según Pothier, ese inicial arrendador actuó sin mala fe, sin negligencia y, por tanto, los daños que se causen al arrendatario con la conclusión anticipada del contrato solo deberían hacerlo responder por los perjuicios previsibles cuando se celebró el acuerdo. Hoy, esa explicación puede tomar un matiz distinto. Y aquí debo reconocer las acertadas apreciaciones de mi amigo y colega, Miguel Grau Quinteros, estudioso del Derecho Civil, quien me clarificó que la limitación a los daños previsibles tiene relación con el deber de información que incumbe a las partes, especialmente cuando una de ellas es la que tiene la información que debe transmitir o proporcionar a la otra a efectos de prever o tener presentes los daños que se podrían causar en caso se incumpla y el incumplimiento obedezca a culpa leve.

(3) "Codice Civile: 1256.- Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea.- La obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se la impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore no ha più interesse a conseguirla".

(4) "Codice Civile: 1218.- Responsabilità del debitore.- Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

liberado de responsabilidad, pese a que se refiere a la imposibilidad y a que exista una norma como la del artículo 1176 del *Codice* que establece la diligencia del buen padre de familia como parámetro de evaluación del comportamiento del obligado en el cumplimiento de las obligaciones[5] (sin aceptar la prueba de la diligencia como medio de liberación), posición a partir de la cual sostenemos que es posible interpretar el artículo 1314 del Código peruano como una herramienta aplicable para los mismos fines, pero que no agota la explicación del incumplimiento.

En esa misma línea de pensamiento, para nosotros basta el dato del incumplimiento para acusar responsabilidad del deudor. Y, por ende, si este quiere liberarse no le bastará la prueba de la diligencia (entre otras cosas, para destruir la presunción de culpa leve), sino que deberá invocar y dar muestras concretas y convincentes de que existieron hechos que provocaron la inejecución o el cumplimiento inexacto y que los mismos no le son imputables. Y es que, quien actúa con la diligencia ordinaria requerida por la prestación o el título de la obligación, no debe ser responsable del hecho que originó la insatisfacción del interés del acreedor, dado que ese impedimento debe escapar a su esfera de actuación y de control.

Esta apreciación, además, tal como lo hemos afirmado al comentar el artículo 1316, es extensible a las obligaciones de actividad o de diligencia, en razón de que la imposibilidad para proveer al acreedor los medios que este espera en este tipo de prestaciones, también se miden o valoran no solo en atención al esfuerzo y demás recursos esperables del comportamiento del obligado, sino, y sobre todo, en función del objetivo que persigue el acreedor pese a que el deudor no hubiere prometido el resultado. Sin embargo, ese propósito final es el filtro con el cual se evalúa la diligencia del obligado. Al médico no se le mide en mérito de la medicina que administre al paciente, sin más, sino con base en la finalidad que tiene en cuenta el acreedor (curarse) y que tiñe el comportamiento del deudor (el médico).

Sin duda subsisten algunas interrogantes que sería bueno abordar brevemente. Tal es el caso en que el deudor pretenda demostrar la diligencia con la que ha obrado en el cumplimiento de la prestación que no satisfizo el interés del acreedor, pero no pruebe las razones que hicieron imposible dicha finalidad. ¿Bastará la prueba de la diligencia o ella supone que las causas que motivaron el incumplimiento o el cumplimiento inexacto no son culposas? Asumo que es esto último. Pero ¿y las causas ignotas? Creo que en estos casos deberá valorarse de una manera muy puntillosa el comportamiento del deudor a fin de establecer que la indefinición de las causas no obedezca a su culpabilidad. Admito, empero, que es un supuesto complejo.

Existen, al interior del Código, distintas disposiciones que al referirse a la causa no imputable no pueden ser equiparadas a la ausencia de culpa, sino que, en el orden de ideas expuestas, exigen la prueba de hechos que escapen a la esfera económica del deudor para liberarlo de responsabilidad. Así, el artículo 1683 en materia de arrendamiento establece que el arrendatario es responsable por la pérdida y el deterioro del bien que ocurran en el curso del arrendamiento, aun cuando deriven de incendio, si no prueba que han ocurrido por causa no imputable a él. Añade que también es responsable el arrendatario por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas que ha admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien. En estos casos, si no se demuestra el hecho ajeno al deudor que no tiene relación con la diligencia en el uso del bien, se imputará responsabilidad al inquilino.

(5) "Codice Civile: 1176.- Diligenza nell'adempimento.- Nelladempire 'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esecizio di un'attivitá professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attivitá esercitata".

En materia de hospedaje, el Código alude, en algunos casos, a la diligencia ordinaria, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 1718. Según este precepto, el hospedante responde como depositario por dinero, joyas, documentos y otros bienes recibidos en custodia del huésped, y debe poner en su cuidado la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Sin embargo, es evidente que si se produce la pérdida o deterioro no basta con acreditar la actuación diligente. Tan es así que, en esos casos, el artículo 1724 establece que el hospedante no tiene responsabilidad si prueba que la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos por el huésped se deben a su culpa exclusiva o de quienes le visiten, acompañen o sean dependientes suyos o si tiene como causa la naturaleza o vicio de ellos. Es decir, debe acreditar un hecho ajeno a él para el cual, reitero, no es suficiente la diligencia.

Quizá algunas otras normas orienten a una apreciación distinta de la que se satisface únicamente con la prueba del obrar diligente. Por ejemplo, en la disciplina del contrato de obra, el artículo 1784 del Código Civil prescribe que si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. El contratista es también responsable por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que los hubiera suministrado o si hubiera elaborado estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

El numeral siguiente, el artículo 1785, dispone que no existe responsabilidad del contratista en los casos a que se refiere el artículo 1784 si prueba que la obra se ejecutó de acuerdo con las reglas del arte y en estricta conformidad con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios, planos y demás documentos necesarios para la realización de la obra, cuando ellos le son proporcionados por el comitente.

Releyendo ambas normas, es claro que el contratista se libera no cuando acredita haber ejecutado la obra según las reglas del arte, sino cuando se ponga en evidencia que la responsabilidad por los defectos o destrucción del *opus* obedece a hechos de terceros sobre los cuales su actitud debe ser no culposa.

En sede del contrato de depósito encontramos tres normas de especial interés. En primer lugar, el artículo 1819 dispone que el depositario debe poner en la custodia y conservación del bien, bajo responsabilidad, la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Hasta aquí, el mandato se refiere al comportamiento que debe observar el depositario en la ejecución de la prestación a su cargo, regla que, por lo demás, es de aplicación a todo deudor. Luego, el artículo 1823 señala que no corren a cargo del depositario el deterioro, la pérdida o la destrucción del bien sobrevenidos sin culpa, salvo el caso previsto por el artículo 1824. Y es esta última norma la que esclarece la adecuada interpretación de los alcances de la diligencia dado que para ella el depositario responderá por el deterioro, pérdida o destrucción del bien cuando se originen por su culpa, o cuando provengan de la naturaleza o vicio aparente del mismo, si no hizo lo necesario para evitarlos o remediarlos. Es decir, si conjugamos los dos preceptos finalmente citados, el depositario responde por culpa, pero si alega la ausencia de la misma deberá, antes que nada, acreditar que los bienes bajo su custodia se perdieron, deterioraron o destruyeron por razones ajenas a su control y que, en caso de vicios de los mismos, adoptó las medidas que resultaban indispensables para evitar dicho resultado. En síntesis, responde en cualesquiera de los supuestos a

no ser que intermedie un hecho del cual no debe responder y del cual no es autor (es decir, no debe ser culpable del mismo).

DOCTRINA

BETTI, Emilio, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, Tomo 1; BIANCA, C. Massimo, Diritto Civile, Giuffrè, Milano, 5, La responsabilità; BIANCA, C. Massimo, La negligencia en el Derecho Civil italiano, AA.VV., en Estudios sobre la responsabilidad civil, Ara Editores, Lima, 2001; DI MAJO, Adolfo, La responsabilitá contrattuale, G. Giappichelli, Torino, 2002; DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1993, Volumen I; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, Segunda Edición; GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, Giuffrè, Milano, 1993; LEÓN BARANDIARÁN, José, Comentarios al Código Civil peruano, Ediar, Buenos Aires, Tomo II; MENGONI, Luigi, Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", Rivista del Diritto Comérciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, Anno LII, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, Milano, 1954, traducido al español en los materiales de enseñanza del Prof. Gastón Fernández Cruz para el curso de Responsabilidad Civil de la Maestría de la PUCP; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO Freyre, Mario, Tratado de las Obligaciones, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, Vol. XVI, Cuarta Parte, Tomos X y XI; OSTI, Giuseppe, Deviazioni dottinali di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1954, traducido al español en los materiales de enseñanza del Prof. Gastón Fernández Cruz para el curso de Responsabilidad Civil de la Maestría de la PUCP; VISINTINI, Giovanna, Responsabilidad contractual y extracontractual, Ara Editores, Lima, 2002.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Interpretación del artículo 1317 del Código Civil

Cuando el artículo 1317 del Código sustantivo establece que el deudor no responde de los daños y perjuicios por la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso cuando ello "deriva de causas que no le son imputables", se refiere en concreto a que no se presenta el elemento de la relación de causalidad; además la relación de causalidad implica establecer el nexo de causa y efecto entre la conducta y el daño producido; de manera que cuando se determina que el incumplimiento se debe a una causa que no le es imputable al deudor, ello origina la inexistencia de responsabilidad civil, salvo, como lo señala la propia norma cuando la ley (como en el caso de la mora) o el convenio de las partes hayan establecido lo contrario; es decir, a pesar de no darse el elemento de la relación de causalidad el deudor será responsable (Cas. Nº 1125-2001-Lima).

Es el deudor quien debe probar su falta de responsabilidad

{E}l artículo 1317 del Código Civil, también denunciado, determina que el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto, expresamente por la ley o por el título de la obligación. Que, de acuerdo a este dispositivo, es necesario que el deudor demuestre no ser responsable del impedimento que determinó la imposibilidad, acreditando que dicha imposibilidad no se debió a un hecho que le sea imputable, es decir, quedará eximido de responsabilidad solo si la imposibilidad es no culposa (Cas. Nº 5357-2007-Lima).

Dolo

Artículo 1318.- ***Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.***

Concordancias:
C.C. arts. 1321, 1330

YURI VEGA MERE

El dolo con el cual actúa el deudor al no ejecutar la prestación a su cargo debe ser entendido desde una perspectiva objetiva y no sobre la base de estados sicológicos de difícil probanza.

El dolo es una figura que aparece en distintos supuestos. Es considerado como un vicio de la voluntad que produce la invalidez de un negocio jurídico y que se vincula con la etapa de celebración del mismo (*culpa in contrahendo*); aparece también en la responsabilidad extracontractual (artículo 1969) y además en sede de inejecución obligacional.

Generalmente, se suele señalar que el dolo implica la conciencia y la voluntad de no ejecutar una obligación. El deudor tiene claro conocimiento de que su actitud (ya sea por comisión o por omisión) significa un alejamiento incontrastable de la conducta o comportamiento que debería observar para satisfacer el interés del acreedor. Y quiere, voluntariamente, dejar de cumplir o cumplir mal.

Aunque mucho se ha discutido si lo que el deudor pretende (y desea deliberadamente) es causar daño al acreedor, lo cierto es que en la actualidad este dato pasa a ser un extremo de escasa importancia. Es indiferente, al acreedor (y además sería una prueba compleja), probar que el deudor quiso causarle un perjuicio al incumplir la obligación. Basta que se produzca la inejecución para que exista incumplimiento, pero siempre resultará de importancia para el acreedor acreditar, por distintos medios, el dolo con el que hubiere procedido el obligado a efectos de obtener un mayor resarcimiento.

En realidad, cuando un deudor actúa dolosamente, su comportamiento suele responder a la decisión del deudor de distraer los esfuerzos y energías con que debió obrar ante el acreedor con el fin de obtener mejores y más provechosos resultados, realizando una actividad distinta más lucrativa o beneficiosa económicamente que la prometida a dicho acreedor. En ello es claro (o al menos así debería ser) que el deudor debe medir la eficiencia de su incumplimiento (por la sujeción a la condena de la indemnización a la que quedará expuesto) frente al uso de los medios y los recursos con que actúe ante terceros. No descarto, sin embargo, que el deudor decida no cumplir simplemente por causar daños al acreedor (por ejemplo, es el único proveedor de determinados servicios que brinda al mercado, pero también debe proveer parte de dichos servicios a sus competidores).

Poco importa recurrir, a estos fines, a la definición del dolo como una estratagema o el ardid con el que actúa el obligado, como sí podría ser gravitante, en cambio, en el caso de la celebración de un contrato. Es más, ni siquiera resulta ser relevante que la conciencia del incumplimiento sea conciencia de la ilicitud del mismo.

En un régimen de responsabilidad civil como el nuestro, que sigue la orientación de los sistemas del *civil law*, el incumplimiento de una obligación por dolo no constituye una excepción a las funciones de la responsabilidad, entre las cuales la que más lo caracteriza es la función reparadora. Es decir, el dolo no configura una hipótesis de condena a daños punitivos con los cuales se pretenda castigar al deudor incumpliente o, en los casos

de responsabilidad extracontractual, al agente causante de un daño al margen de una relación obligatoria, para disuadir comportamientos similares. Aunque hoy en día en el *common law* se cuestiona la finalidad de los llamados daños punitivos (debido a que constituye una fuente de enriquecimiento para la víctima del daño, al margen de la función satisfactiva de la indemnización, o de los estudios de abogados), la punición ejerce, sin duda, una importante contribución a la evitación o disminución de conductas indeseadas.

Y aun cuando en nuestro régimen las funciones de la responsabilidad (reparación y prevención del daño, fundamentalmente) no sufren ninguna alteración sobre la extensión de la indemnización del daño por la mediación de un comportamiento doloso, especialmente en el caso de los perjuicios extracontractuales, a lo sumo, en la responsabilidad obligacional la extensión del resarcimiento es mayor al daño que provenga de culpa leve, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1321 del Código. Es más, esta norma no solo equipara la culpa grave al dolo a efectos de determinar el *quantum* indemnizatorio, sino que también configura el *an* de la reparación, al establecer que se responde de los daños que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, lo que podría llevar al intérprete a considerar que no se responderá de las consecuencias mediatas e indirectas. Empero, la lectura y el análisis que exige esta norma deben orientar al operador a comprender dentro de las consecuencias a aquellas que, sobre la base de un juicio de experiencia, puedan ser asumidas como parte de los efectos generados por el incumplimiento o cumplimiento doloso del deudor. Así, en el ejemplo clásico del deudor que entrega una cabeza de ganado infectada, la muerte del rebaño del acreedor y las pérdidas que sufra, así como las ganancias que deje de percibir, deberán ser entendidas como parte de aquellas consecuencias inmediatas y directas. Creo, no obstante, que en el caso del dolo, el legislador debiera ser más claro en imponer al obligado una indemnización aún mayor, haciéndole cargar el peso del resarcimiento inclusive en el caso de los daños causados de manera mediata e indirecta, con el claro propósito de sancionar una mayor diferenciación disuasiva que impida la frustración de las expectativas del acreedor y castigue a quien incumple deliberadamente una obligación.

Lo apenas señalado no desconoce, por cierto, que un sistema de responsabilidad que repose sobre el concepto de daño injusto (o injustificado) debiera eliminar toda distinción en cuanto al alcance del resarcimiento en razón de que el daño, ontológica y entitativamente, es uno solo, independientemente del comportamiento del deudor, consagrando de esa manera el ideal de la reparación integral. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad contractual esta regla podría conducir a resultados injustos. Ello se presenta, por ejemplo, cuando una de las partes (que es la que sufre el daño) no proporciona a la otra suficiente información relacionada con los perjuicios que podría sufrir si el deudor no cumple con la obligación. Resulta del todo distinto que el acreedor contrate los servicios de una empresa de *courier* (correo privado) sin dar mayor información respecto del contenido del paquete y envíe un simple documento sustituible o reemplazable, a que remita un documento o valores (papeles) no declarados de manera precisa para los cuales la empresa en cuestión habría podido ofrecer mayores garantías e inclusive seguros especiales. La información en este último caso, como es evidente, depende del acreedor que pudo aportar elementos que permitieran la evaluación del daño en caso de inejecución.

Generalmente, se señala que el dolo exige una conducta comisiva. No creo que sea siempre así. El deudor puede incumplir dolosamente cuando no ejecuta ningún acto para realizar la expectativa del acreedor. Puede, asimismo, cumplir mal deliberadamente, pero en este caso posiblemente estaremos ante un supuesto de incumplimiento inexacto. De modo que la definición que nos da el artículo 1318 es limitada.

Además, no se puede descartar que el deudor cumpla voluntaria y satisfactoriamente la prestación principal, pero que viole de manera deliberada un deber complementario. Por ejemplo, el deudor cumple con las metas de ventas en el territorio en el que actúa como distribuidor del acreedor, pero invade territorios asignados a otros distribuidores en abierto desconocimiento de los pactos sobre división de zonas geográficas. En ese caso, también nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento, al margen que se trate de un deber secundario, dado que el respeto de los territorios asignados es gravitante en un contrato de distribución y puede justificar, además, la resolución del acuerdo y la petición de una indemnización.

DOCTRINA

BETTI, Emilio, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, Tomo I; BIANCA, C. Massimo, Diritto Civile, Giuffrè, Milano, 5, La responsabilità; BIANCA, C. Massimo, La negligencia en el Derecho Civil italiano, AA.VV., en Estudios sobre la responsabilidad civil, Ara Editores, Lima, 2001; DI MAJO, Adolfo, La responsabilitá contrattuale, G. Giappichelli, Torino, 2002; DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 1993, Volumen I; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, Segunda Edición; GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, Giuffrè, Milano, 1993; LEÓN BARANDIARÁN, José, Comentarios al Código Civil peruano, Ediar, Buenos Aires, Tomo II; MENGONI, Luigi, Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", Rivista del Diritto Comérciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, Anno LII, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, Milano, 1954, traducido al español en los materiales de enseñanza del Prof. Gastón Fernández Cruz para el curso de Responsabilidad Civil de la Maestría de la PUCP; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, Tratado de las Obligaciones, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, Vol. XVI, Cuarta Parte, Tomos X y XI; OSTI, Giuseppe, Deviazioni dottinali di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1954, traducido al español en los materiales de enseñanza del Prof. Gastón Fernández Cruz para el curso de Responsabilidad Civil de la Maestría de la PUCP; VISINTINI, Giovanna, Responsabilidad contractual y extracontractual, Ara Editores, Lima, 2002.

Culpa inexcusable

Artículo 1319.- ***Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.***

Concordancias:
C.C. arts. 1320, 1321, 1330

Culpa leve

Artículo 1320.- ***Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.***

Concordancias:
C.C. arts. 1319, 1321, 1329

YURI VEGA MERE

No es tarea fácil arribar a un concepto unívoco de culpa. En realidad, resulta menos complejo entender la idea de culpa a través del concepto de diligencia.

También en el caso de la diligencia se pueden distinguir una concepción subjetiva y una posición objetiva. Con la primera se alude a los esfuerzos y energías voluntariamente desplegados por el deudor para el cumplimiento de la prestación. Con la segunda, en cambio, se juzga la conducta del deudor, *grosso modo*, sobre la base de las reglas del arte, de la ciencia y de la técnica, con arreglo a las cuales debió actuar el obligado en la relación concreta de acuerdo con las circunstancias de tiempo, personas y lugar. Deben entenderse incluidas, además, las normas jurídicas y reglamentarias que sean aplicables; el deudor no puede invocar, en ningún caso, desconocimiento del derecho.

En el caso de los servicios profesionales el comportamiento del obligado se confrontará con la *lex artis*, es decir, con el conocimiento y ciencia que sean exigibles al profesional. Se añade que en ello gravitan el estado y desarrollo de los conocimientos con el propósito de responsabilizar al profesional que ignore los avances de la ciencia que se encuentren a su disposición.

La diligencia, por ello, importa la atención, el cuidado y la adecuación del comportamiento del obligado a las diversas reglas aplicables a la prestación prometida al acreedor. Por ello, no basta que se demuestre esfuerzo o despliegue de energías, sino el recurso a todos los medios y herramientas técnicas y de diversa índole que tengan como finalidad dar satisfacción a la expectativa del acreedor. La diligencia es, por ende, el parámetro de evaluación del cumplimiento de la obligación.

La doctrina ha resumido, tradicionalmente, el concepto de diligencia bajo la figura del buen padre de familia, considerando a este como un hombre de inteligencia media que pone cuidados en sus asuntos y que, por ello, tiene la suficiente atención en la administración de sus tareas. El Derecho, en general, alude a un hombre de inteligencia promedio, pero este criterio puede resultar insuficiente en el caso de profesionales o especialistas de alta tecnificación que se encuentran habilitados para el ejercicio de actividades que implican conocimientos con un alto grado de profundización. En consecuencia, valorar su actuación sobre la base de un promedio puede ser desventajoso para el acreedor. Y es que, a pesar de que exista una

posición contraria que entiende que la culpa profesional no existe, en rigor la acumulación de conocimientos especializados y la habilitación para el desarrollo de servicios de orden profesional si bien no crean ninguna categoría especial de culpa, cuando menos permiten graduar el nivel de exigencia de los deberes que son deseables y esperables de una persona capacitada para tales actividades.

Por otro lado, la diligencia entendida como la prudencia o el cuidado de un hombre promedio pretende evitar un elevado grado de esfuerzo al deudor. El Derecho no pretende que el obligado se convierta en un mártir ni que se desplieguen mayores energías de aquellos que, en atención a la prestación y a las circunstancias que rodean la relación obligatoria, se deban esperar de él para satisfacer la expectativa del acreedor.

Cuando se analiza la diligencia se trata de definir cuál es el esfuerzo útil para determinar cuál era la prestación que debió cumplirse y, frente a ella, cuál fue o debió ser el comportamiento que debió observar el deudor frente a la conducta que desplegó de manera real.

Se alude así a un criterio, indirecto, del objeto de la prestación. Y, seguidamente, se efectúa, en mi opinión, una confrontación entre el deudor que "abstractamente" debió ser diligente y el deudor de la relación específica frente a la prestación asumida ante el acreedor.

Esta evaluación no dista de la aplicación de la llamada *culpa in abstracto* que tiene como finalidad hacer uso del "modelo" que aplica el juez sobre la base de la experiencia, o en estricta aplicación de las reglas o de los medios técnicos o de otra índole que sean idóneos y a los cuales debió recurrir el obligado para realizar el interés del acreedor. Pero no se trata de un examen que prescinda de las condiciones en las que debió ejecutarse la prestación, tomando para ello la fórmula de "las circunstancias de tiempo, personas y lugar". Sin embargo, ello no significa que se llegue al extremo de considerar únicamente las habilidades específicas del obligado para determinar si tal o cual comportamiento o esfuerzo le era exigible. Y es que, si el deudor se obligó a más de lo que podía cumplir, responderá igualmente ante el acreedor, dado que prima el interés de este por sobre la ligereza o temeridad con la que pueda haber obrado el obligado al prometer aquello que sabía que no estaría en condiciones de ejecutar.

Aun así, no puede pasarse por alto que al tomar pulso a las habilidades personales del deudor, es posible que se descubra y compruebe que este gozaba de un conocimiento exquisito que debería obligar al juez a ser más cauto en el uso de un modelo ideal, pues el parámetro que entonces habrá de aplicar deberá ser el de una persona que con similar habilitación y arte habría actuado diligentemente en la relación concreta que se evalúe para determinar si el obligado actuó con cuidado.

Cuando se analiza la diligencia, es inevitable referirse al defecto del comportamiento del deudor en el cumplimiento de la obligación a través de la negligencia. Es negligente el obligado que no observó la diligencia debida. Aun cuando se distinga la negligencia de otras figuras, convengo con quienes opinan que en rigor forman parte de ella. Me refiero a la imprudencia o impericia como supuestas figuras distintas que han sido desarrolladas por la penalística.

Con la imprudencia se alude a la temeridad con la que se actúa confiando en la suerte o a la confianza excesiva para que no se desencadenen ciertos resultados o efectos que eran previsibles y que pudieron o fueron previstos por el deudor. Con la impericia, en cambio, se abarcan aquellos comportamientos que son realizados por alguien que es consciente de que carece de los conocimientos, de la técnica o del saber o experiencia que se requiere para ejecutar la prestación.

Cuando se distinguen ambas figuras, la negligencia queda arrinconada a la falta de previsión de parte del deudor.

Empero, como apenas señalábamos, la ausencia de diligencia o el actuar negligentemente o de manera culposa siempre se refiere a la falta de previsión de parte del deudor en cuanto a las consecuencias de su comportamiento, siendo previsibles tales resultados. El obligado sabe qué conducta observar, sabe a qué medios debe recurrir, pero omite por descuido, por desatención, el ajustar su actuación a todos aquellos procedimientos que exige la prestación para realizar intereses ajenos. No actúa de modo deliberado, pues entonces el deudor habría obrado con dolo, pero sí tenía capacidad de prevenir las consecuencias.

La culpa, en sentido estricto, como actuar negligente, admite graduaciones. Lo mismo ocurre con la diligencia, como cara contraria de la misma moneda. Se afirma, en ese sentido, que actúa con diligencia normal u ordinaria quien obra de acuerdo con el comportamiento esperado y exigible al deudor de acuerdo con la naturaleza de la prestación, y utiliza los cuidados y los medios estimados apropiados que le permiten dar satisfacción al acreedor. Lo normal es lo deseable, evoca un criterio incluso de corte social de conformidad o aceptación de determinadas conductas que es confiado al juez, en última instancia. En contraposición, lo anormal alude a lo mediocre, a lo inaceptable, a lo deficitario. Pero esta afirmación merece ser matizada.

En efecto, si analizamos ya no la diligencia sino la culpa y sus graduaciones, se debe mensurar o, más bien, ponderar, qué omisiones y qué dimensiones tienen estas a fin de establecer si la negligencia con la que obró el obligado presenta rasgos de gravedad o no. En esa medida, la ley, la doctrina y la jurisprudencia hacen uso de conceptos como culpa leve o culpa inexcusable para determinar cómo actuó el deudor.

Siempre bajo la perspectiva del análisis de la diligencia, se evalúa el comportamiento del obligado para definir si su falta de previsión, o la omisión con la que actuó, recae sobre deberes de mayor o menor exigibilidad. De esa manera, si su desatención fue sobre los más elementales deberes, es decir, si su descuido se perfila sobre los deberes de orden básico, la negligencia se califica como grave. Un médico cirujano que deja olvidada unas gasas al interior del cuerpo del paciente muestra una actitud inexcusable de omisión de los cuidados primordiales o elementales. Un médico que aplica una medicina sin revisar la fecha de caducidad o expiración de la misma, no observa principios básicos de su actividad profesional, etc.

Es más compleja la determinación exacta de la llamada culpa leve. Y es que con ella se alude a la omisión de la diligencia ordinaria en el cumplimiento de la obligación; más correctamente en el incumplimiento o en la ejecución inexacta. Se trata de la no observancia de los cuidados normales, ordinarios, que provendría, en la opinión doctrinal, de un hombre precavido, atento, ordenado. Por ello, la referencia a que se omite la habitual atención que tiene una persona cauta, puede causar cierta perplejidad. Y es que, si estamos ante un sujeto previsor, cauteloso, lo que se puede esperar es que no olvide las precauciones que exige la prestación objeto de la obligación. Omitir la ordinaria observancia de ciertos deberes o previsiones no parece ser, por tanto, un asunto de leve entidad. Que a alguien que se considere presto se le escape un cuidado común, implica una contradicción.

Creo que, a decir verdad, la graduación de la diligencia o de la negligencia, en su versión de culpa leve, es más bien producto de su contraposición con la culpa grave en tanto expresión de la seriedad en la falta de previsión y la derivada inobservancia de cautelas elementales que no debieron dejar de adoptarse.

Pese a ello, en términos generales se prevé un régimen reparatorio de menor entidad para quien incumple por culpa leve, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1321 del Código Civil. Y es que, de una lectura sesuda del significado de la regla, podría intentarse entender que la omisión de lo común puede aminorar la sanción a la indemnización; pero no se mira con buenos ojos el descuido grosero.

No dejo de guardar ciertas reservas cuando nos encontramos ante un caso que encierra especial dificultad de orden profesional o de orden técnico. Y me refiero, en particular, al artículo 1762 del Código Civil que establece que, si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable. En otras palabras, se excluye la responsabilidad en las hipótesis en que se incumple o se cumple mal cuando el profesional o técnico, que asumió un asunto complejo, incurrió en culpa leve. La explicación que se tiene por bien dada, y que ha encontrado acogida favorable de no pocos autores, es que resulta necesario permitir o dar espacio al desarrollo de ciertas disciplinas o determinadas actividades, al requerir mayores conocimientos y la aplicación de medios o herramientas técnicas o tecnológicas, novedosas o innovadoras, o la asunción de ciertos riesgos en su práctica: conviene ser generoso en el trato que se dé a los profesionales o especialistas, consintiendo que puedan equivocarse en lo común, pero no en lo complejo, pues se tolera la omisión de la diligencia ordinaria para que la actividad pueda captar mayor atención en lo especialmente difícil o problemático.

A pesar de la justificación, cuesta trabajo entender que se pase por alto la falta de previsión en lo ordinario, básicamente porque nos encontramos ante una persona altamente calificada para quien los asuntos de orden común, por ser rutinarios, no deberían ser cosa de escasa importancia y, por tanto, deberían ser atendidos con solvencia, experiencia y similar atención.

DOCTRINA

BETTI, Emilio, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, Tomo 1; BIANCA, C. Massimo, Diritto Civile, Giuffrè, Milano, 5, La responsabilità; BIANCA, C. Massimo, La negligencia en el Derecho Civil italiano, AA.VV., en Estudios sobre la responsabilidad civil, Ara Editores, Lima, 2001, pp. 341 a 369; DI MAJO, Adolfo, La responsabilitá contrattuale, G. Giappichelli, Torino, 2002; DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Civitas, Madrid, 1993, Volumen I; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, Segunda Edición; GIARDINA, Francesca, Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, Giuffrè, Milano, 1993; LEÓN BARANDIARÁN, José, Comentarios al Código Civil peruano, Ediar, Buenos Aires, Tomo II; MENGONI, Luigi, Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi", Rivista del Diritto Comérciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, Anno LII, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, Milano, 1954, traducido al español en los materiales de enseñanza del Prof. Gastón Fernández Cruz para el curso de Responsabilidad Civil de la Maestría de la PUCP; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, Tratado de las Obligaciones, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, Vol. XVI, Cuarta Parte, Tomos X y XI; OSTI, Giuseppe, Deviazioni dottinali di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1954, traducido al español en los materiales de enseñanza del Prof. Gastón Fernández Cruz para el curso de Responsabilidad Civil de la Maestría de la PUCP; VISINTINI, Giovanna, Responsabilidad contractual y extracontractual, Ara Editores, Lima, 2002.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Los factores de atribución en la responsabilidad civil

{L}os factores de atribución, son aquellas conductas que justifican que la transmisión de los efectos económicos del daño de la víctima sea asumida por el responsable del mismo. Estos se encuentran constituidos por el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve, los mismos que están previstos en los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil (Cas. N° 7658-2016-Lima).

La culpa como factor de imputación en la responsabilidad contractual

Respecto a establecer si la demandada en atención a la naturaleza de su actividad, incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales derivadas de las normas legales; en materia de seguridad y salud en el trabajo cabe analizar el factor de atribución de la responsabilidad. Al respecto el artículo 1319 del Código Civil establece que: "Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave, no ejecuta la obligación". En tal sentido, debemos entender que la culpa es toda violación de un deber jurídico, derivado de la falta de diligencia (negligencia) en el cumplimiento de las obligaciones provenientes de la ley. A su vez la negligencia, puede derivar de: una falta de revisión del resultado (in omittiendo) o una previsión errónea (in faciendo). En el primer caso el responsable no previó las consecuencias, pudiendo y debiendo hacerlo; y en esto está su falta. En el segundo caso sí previó las consecuencias; pero confía con imprudencia o ligereza en que no se producirían. En ambos casos la culpa debe ser perjudicial al acreedor, para que por ella se responsabilice al deudor, pues no hay acción sin interés. En el presente caso las demandadas cometieron negligencia grave en tanto, conociendo del riesgo no tomaron las previsiones para disminuirlo o minimizarlo, a fin de evitar el accidente ocurrido, por ende la imputación de la responsabilidad a la demandada se sustenta en la culpa inexcusable, prevista en el artículo 1319 del Código Civil **(Cas N° 10491-2015-Junín).**

La antijuridicidad como elemento integrante de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

De otro lado (...) por tratarse de las disposiciones del Código Civil, el {artículo} 1319, referido al supuesto de "culpa inexcusable", y el {artículo} 1321 sobre "indemnización por dolo; culpa leve o inexcusable", y Ley Orgánica, que sería la norma incumplida, resulta conveniente unirlas, porque se contraen a describir los elementos de la responsabilidad civil (...). Se debe partir que la disciplina de la responsabilidad civil, sea que provenga de fuente extracontractual (...) obligacional o contractual (...), tiene por finalidad resolver los conflictos entre particulares como consecuencia de la producción del daño, y en ese sentido, en ambos casos, para su configuración se requiere necesariamente de la concurrencia de sus elementos, tales como: la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución. Uno de los principales elementos, es el de la antijuricidad (...) la cual consiste en determinar que aquel comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad (...); solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social (...); y en el caso de los asuntos contractuales, esta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal del resarcimiento. Cuando se cause daño en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no existirá responsabilidad civil, porque estos habrían ocurrido en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico **(Cas. N° 3168-2015-Lima).**

La falta de comunicación al cliente genera un supuesto de responsabilidad civil contractual por culpa

{E}n el caso que nos ocupa existe una responsabilidad de tipo contractual por culpa, por parte de la entidad Bancaria, quien omitió informar al cliente –ahora demandante– sobre las características del producto, a efecto de evitar el daño patrimonial causado; al respecto, debe tenerse en cuenta que más allá, de la responsabilidad administrativa verificada por Indecopi, el órgano jurisdiccional encuentra responsabilidad civil contractual susceptible de ser indemnizada por el recurrente, por cuanto solo aquel tenía la posibilidad y el deber de informar al demandante los beneficios y riesgos que conllevan la emisión de una tarjeta de crédito **(Cas. N° 3153-2009-Piura).**

Falta de auxilio inmediato por parte del médico genera responsabilidad civil

{N}o existe discrepancia en cuanto a la obligación contractual o convenio verbal existente entre la paciente (...) y la médico (...), ya que en el escrito de demanda se hace mención a que se contrató en forma verbal con dicha profesional para realizar una cirugía estética de párpados, hecho que es reconocido por la demandada al absolver el trámite de su contestación de demanda; por tanto –según refiere el Colegiado Superior– se acredita fehacientemente la relación contractual entre ambas partes; abundando el hecho de que conforme se ha acreditado en el trámite del proceso, el paro cardiaco que sufrió la paciente al momento de la intervención tuvo lugar entre las once y veinticinco y once y media de la mañana; y recién promediando el mediodía, la demandada toma la decisión de solicitar una ambulancia a los bomberos quienes llegaron a las doce y dieciocho del mediodía como señala la demandada (...), lo que evidencia una respuesta tardía pues la emergencia se había generado casi una hora atrás; de lo que se colige que las normas cuya inaplicación se denuncia no son pertinentes para el presente proceso, al haber determinado la Sala de vista la responsabilidad de la demandada que con su actuar ha incurrido en culpa inexcusable prevista en el artículo 1321 del Código Sustantivo, al no prestarle a la causante el auxilio inmediato conforme también se determinó en el proceso penal que se acompaña **(Cas. N° 5357-2007-Lima, f. j. 7).**

Factor atributivo de responsabilidad. Quantum indemnizatorio

Artículo 1321.- *Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Concordancias:
C.C. arts. 1219 inc. 3), 1318, 1319, 1320, 1322, 1329, 1330, 1331, 1332, 1428, 1429, 1683, 1723, 1724, 1824; LEY 27287 art. 58; LEY 26887 arts. 18, 69, 79, 177, 190, 288

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

1. El factor de atribución de responsabilidad

Una de las mayores cuestiones que surgen cuando de responsabilidad civil hablamos es la relativa a cuál es el criterio que se debe seguir para justificar el traslado del costo del daño de la víctima al causante (o a quien garantice una mejor dilución del mismo en la sociedad), en los casos en que sea conveniente que dicha víctima no asuma íntegramente el referido desmedro.

No es precisamente cierto que la regla deba ser que, ante la generación de un daño derivado de una falta de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso se esté obligado a indemnizar (Cfr. JORDANO). Se requiere, además, de un justificante para otorgar protección a un sujeto de derechos frente a otro. Visto desde otra perspectiva: quien exige una indemnización por daños y perjuicios, por considerar que se le ha generado un daño, necesita fundamentar su pedido.

Es harto conocido el devenir histórico desde la tradicional culpa hasta los cada vez más modernos mecanismos de atribución de responsabilidad que, desde una perspectiva objetiva (nominal o real), pretenden otorgar mejores soluciones (puede decirse, soluciones más eficientes) al problema en cuestión. Claro está que no interesa optar por uno u otro sistema sino en la medida en que aquel por el que se ha optado funcione. Así, si un sistema subjetivo funciona, la cuestión está resuelta (lo mismo si nos encontramos en un sistema objetivo o en uno mixto). Por supuesto, es la historia jurídica, y no la dogmática, la que nos ha enseñado que un sistema basado en la culpa puede no funcionar precisamente de la mejor manera.

La última observación es válida para el sistema peruano que tiene, en materia de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, una regla de un claro tono subjetivo. En este campo son, más bien, excepcionales las referencias a factores de atribución de otro carácter.

Típicamente, la responsabilidad del deudor ha tenido sustento en su comportamiento doloso o negligente. Entiéndase, entonces, que es en esta medida que será responsable por los daños y perjuicios generados en la esfera jurídica del acreedor. Así lo ha entendido el legislador peruano al hacer que la indemnización por los daños generados en la esfera del acreedor dependa de la actuación dolosa o culposa de la otra parte (escindiendo esta última en los supuestos de culpa leve y culpa inexcusable) entendidas en los aparentes términos contemplados en los artículos 1318 al 1320 del Código.

Resulta manifiesto que el gran problema que ha tenido el factor de atribución de responsabilidad subjetivo, en lo que se refiere a los procesos de responsabilidad civil, es la prueba de la intencionalidad del agente. Es por esto que se ha pretendido mediatizar dicho sistema con paliativos como la inversión de la carga de la prueba o el establecimiento de determinadas presunciones (DÍEZ-PICAZO). Tal es el caso del sistema peruano que ha establecido en el artículo 1329 del Código, una presunción de culpa leve.

Por supuesto, el mayor problema de un régimen como el nuestro resulta de la diferencia de los daños que (en abstracto) serían resarcibles dependiendo de la actuación del causante. Como consecuencia, en dos supuestos de incumplimiento, generado un daño, el monto indemnizatorio será diferente dependiendo de si dicho daño se generó dolosamente (o con culpa grave) o con culpa leve.

2. El problema de la causalidad

Como sabemos, acreditado el daño generado en la esfera del acreedor (y, en estricto, antes de efectuar un juicio de imputabilidad) corresponde constatar el nexo causal. Esta tarea resulta, en muchas oportunidades, extremadamente ardua debido, sobre todo, a la posibilidad de encontrarse con una pluralidad de causas (directas o indirectas, remotas o próximas) que hay que valorar considerando que, finalmente, constituyen un antecedente (en sentido lato) sin el cual el efecto no se hubiera producido (REGLERO).

En líneas generales, al hablar de causa estamos refiriéndonos a un conjunto de condiciones empíricas, antecedentes que generan, o han generado, un resultado. Debemos tener en cuenta, sin embargo, que el análisis de causalidad no solo es un estudio fáctico sino que tiene su respaldo en el ordenamiento jurídico que es, finalmente, el que establece las pautas para la determinación de la misma, por lo que viene a ser más que una mera comprobación de hechos.

La relación de causalidad como fenómeno jurídico tiene una doble función: en primer lugar, vincula el daño con el actuar humano al efectuarse la reconstrucción de los hechos, determinando, de este modo, la autoría al imputar responsabilidad; en segundo lugar, determina las consecuencias del hecho, esto es, el daño total ocasionado a partir del cual se puede apreciar en qué medida o hasta dónde el responsable deberá resarcir (ESPINOZA).

Conforme a lo anterior, nos encontramos ante el análisis de dos fenómenos vinculados, pero distintos. El primero, la causalidad de hecho, es el presupuesto del segundo, la causalidad jurídica, por cuanto para poder concluir en qué medida un sujeto deberá responder por todo (o parte) del daño generado, es necesario establecer previamente el vínculo entre el hecho y el resultado dañoso.

2.1. Teorías sobre la relación de causalidad

Se han planteado diversas posiciones que han pretendido (y pretenden) establecer criterios jurídicamente válidos a efectos de dar solución al problema de la causalidad.

a) Teoría de la equivalencia de las condiciones

Según esta teoría, el efecto dañoso vendría a ser resultado de la suma de todas las condiciones sin las que el daño no se habría realizado. En otras palabras, hablamos de toda *condictio sine qua non* del resultado final.

Se ha observado en más de una oportunidad que esta teoría conlleva resultados poco felices, principalmente debido a que, aplicándola, se podría hacer responsable

a un sujeto por todas las consecuencias que resulten de sus actos, aun cuando sean remotas e incluso desproporcionadas. Esto se aplicaría incluso en aquellos casos en que el sujeto tuviese una participación mínima (DE ANGEL).

Lo criticable, entonces, de esta posición es que se asume que todos los hechos antecedentes del daño constituyen la causa del mismo. Así entendida, la causa se extendería ilimitadamente, por ejemplo, a los padres del causante (por haberlo engendrado) o al fabricante del arma que fue disparada matando a la víctima.

b) Teoría de la causa próxima

Para esta teoría la causa sería aquella, de entre las diversas condiciones necesarias, que cronológicamente es más próxima al resultado bajo análisis, esto es, aquella que es inmediatamente anterior a la producción del daño, siendo las circunstancias temporalmente más alejadas consideradas como meras condiciones (DE ANGEL, ESPINOZA).

Se ha pretendido justificar esta teoría con la supuesta ventaja generada al evitar un análisis causal infinito, teniendo en consideración, para todo efecto, solo la causa inmediata sin efectuar análisis más profundos. Sin embargo, es esta superficialidad su mayor desventaja, más aún, cuando no necesariamente la circunstancia última en el tiempo es aquella que genera el daño.

Así se han efectuado varias críticas al presente planteamiento. Se ha observado que no es útil para solucionar problemas de concausa, ni para brindar soluciones en supuestos en que los daños no aparecen inmediatamente, sino que requieren de un proceso de manifestación que los va distanciando de la causa. Esta posición, por su propia fundamento, desconocería la incidencia de hechos que, aun siendo anteriores, serían determinantes en la generación del resultado (OSTERLING y CASTILLO).

En apariencia (y solo eso), el Código Civil contempla esta teoría en el artículo bajo comentario, estableciéndola como la regla en lo que a inejecución de obligaciones se refiere (Cfr. OSTERLING y CASTILLO).

c) Teoría de la causa adecuada

Esta teoría considera que no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen la misma relevancia. De este modo, se entiende que no todas las circunstancias que confluyen en la producción del resultado son equivalentes, por lo que solo será causa de un evento aquella conducta que resulte adecuada, o idónea, para generarlo (DE ANGEL, DÍEZ-PICAZO, ESPINOZA).

Conforme a lo indicado, esta postura se distinguiría de la teoría de la equivalencia de las condiciones precisamente por el hecho de no considerar a todas las circunstancias que concurren en la generación del daño como equivalentes. Por otro lado, se diferencia de la teoría de la causa próxima en cuanto no evalúa las condiciones en un proceso causal singular, sino que hace el correspondiente examen en abstracto. Se entiende, entonces, que para establecer la referida causa adecuada se requiere de un análisis *ex ante*.

Esta es la teoría preponderante en la legislación comparada. En nuestro sistema jurídico, está claramente determinada para los supuestos de responsabilidad civil

extracontractual, conforme a lo regulado en el artículo 1985 del Código. Su aplicación no resulta tan clara en el caso de la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

d) Otras teorías causales

Entre otras, se ha hecho mención a la teoría de la condición preponderante, que sostiene que la causa viene a ser la condición que, entre las otras, influye decisivamente en la generación del daño. Para poder apreciar la condición preponderante se ha optado, en una variante de esta teoría, por criterios cuantitativos (considerar como causa a aquella circunstancia que en mayor medida ha contribuido a la producción del daño) y, en otra, por criterios cualitativos (entendiéndose en estos casos como causa a aquella que intrínsecamente es más eficaz para generar el resultado). Se ha criticado que esta teoría, finalmente, redunda en otro fenómeno: la autoría, dado que a partir de esta posición se concluye que el núcleo causal no es cualquier condición sino la actuación voluntaria del hombre (WOOLCOTT).

Por otro lado, se encuentra la teoría de la causa eficiente, que considera que no todas las condiciones se hallan en igual grado en la producción del resultado, siendo que algunas son más eficientes que otras para llegar al mismo. Tampoco esta postura está exenta de críticas, basadas sobre todo en la dificultad para establecer criterios que identifiquen certeramente a la causa más eficiente para generar el daño (WOOLCOTT).

En general, se ha considerado que estas teorías son arbitrarias en la designación de sus criterios, careciendo de rigor científico, al no reconocer un método de trabajo determinado (OSTERLING y CASTILLO).

Finalmente, podemos citar la teoría de la causalidad probabilística que tiene sus raíces en la doctrina norteamericana. Esta postura considera al daño como el incremento estadístico de las probabilidades de sufrir un daño cierto por el desarrollo de una determinada actividad (BULLARD). Esta es la premisa que lleva a invertir la carga probatoria del nexo causal en aquellos supuestos en que, precisamente, resulta extremadamente difícil probar el mismo. Este planteamiento ha sido útil, sobre todo, en supuestos de responsabilidad por productos defectuosos en los que se han evaluado paralelamente la circulación del producto, las correspondientes cuotas de mercado, y la probabilidad de causar un daño, con el fin de determinar, finalmente, niveles de responsabilidad.

2.2. ¿A qué se refiere el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil?

Se ha considerado tradicionalmente que es en el artículo bajo comentario que se encuentra la referencia a la postura que sigue nuestro Código Civil en lo que refiere a causalidad, entiéndase, la teoría de la causa próxima. Sin embargo, esto no queda del todo claro, más aún si se hace una reflexión sobre las dos funciones que cumple un análisis causal, teniendo en cuenta, sobre todo, la experiencia comparada.

Una propuesta muy interesante es la de Espinoza, que plantea un análisis que parte de la interpretación que, en su contexto, se ha efectuado del artículo 1223 del Código Civil italiano, similar en redacción al nuestro y que indica que "el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de

tal inejecución". Al respecto, se ha considerado que dicho artículo se refiere no precisamente a la determinación de la causa, sino, más bien, a la determinación del daño y a la medida en que el sujeto debe responder, siendo su función, por tanto, descriptiva. La doctrina italiana ha considerado, como puede apreciarse, que el artículo en cuestión se refiere a solo uno de los elementos del análisis causal.

Tanto el artículo 1223 del Código italiano como el 1321 bajo comentario, tienen como antecedente al artículo 1151 del Código Napoleónico. Aparentemente, en lo que se refiere al artículo 1321 peruano, estaría ocurriendo un problema similar al que se ha dado en el sistema italiano. En otras palabras, quienes afirman que nuestro Código Civil contempla, en lo que se refiere a inejecución de obligaciones, la teoría de la causa próxima, confunden las funciones o facetas que resultan de un análisis causal. Dicha confusión puede explicarse debido al fenómeno de importación de instituciones jurídicas, sin tener en cuenta el contexto en que fueron generadas (ESPINOZA).

En este sentido, Espinoza propone una interpretación, a la que nos adherimos, por la que se entiende que el segundo párrafo del artículo 1321 del Código peruano no se refiere precisamente a la relación de causalidad (causalidad de hecho), sino, más bien, a la determinación de las consecuencias dañosas y, más puntualmente, a aquellas que el responsable deberá resarcir (causalidad jurídica).

Esta interpretación permitiría entender mejor la curiosa estructura del artículo, considerando que su primer párrafo se refiere al factor atributivo de responsabilidad, en el caso de inejecución de obligaciones, y los siguientes al *quantum* indemnizatorio, posición mucho más lógica que pretender insertar un análisis de causalidad (de hecho) en el segundo párrafo (lo que conllevaría a un total desorden en el análisis de cualquier problema).

2.3. Causalidad en el sistema de inejecución de obligaciones peruano

Quedaría por determinar, como consecuencia de lo expresado anteriormente, cuál es la teoría, que sobre el nexo causal, se sigue en el sistema de inejecución de obligaciones peruano.

Consideramos, a este efecto, que se puede hacer una aplicación analógica de la regla contemplada en el artículo 1985 del Código Civil, ubicado dentro de la sección correspondiente a responsabilidad extracontractual, y que se refiere a la teoría de la causalidad adecuada, con el fin de aplicar esta teoría en el sistema de inejecución de obligaciones. A pesar de las diferencias (arbitrarias, pero normativas) establecidas entre los dos regímenes de responsabilidad, es posible hacer dicho análisis, dado que la relación *daño-hecho generador* no tiene diferencias de fondo, sino coyunturales (situación que en más de una oportunidad ha servido para proponer la unificación de los dos regímenes), siendo, además, que no hay una razón que impida utilizar dicha regla para el caso en cuestión. Acotamos que no consideramos suficiente una interpretación sistemática para la aplicación de la regla en cuestión, dado que es precisamente la sistemática del Código la que plantea las diferencias de los regímenes y genera, por esto, una infinidad de problemas (Cfr. ESPINOZA, WOOLCOTT).

3. Sobre el daño resarcible

Habiendo quedado claro que el segundo y tercer párrafos del artículo 1321 se refieren al daño resarcible y al *quantum* indemnizatorio, es necesario proceder a apreciar los mismos.

La inejecución de una obligación puede generar tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales. La sola mención a los daños patrimoniales, daño emergente (detrimento en el

patrimonio del sujeto afectado) y al lucro cesante (la ganancia dejada de percibir), no determina que solo los daños de esta naturaleza sean resarcibles. Los daños extrapatrimoniales también son objeto de resarcimiento en lo que a inejecución de obligaciones compete. Lo que ocurre es que la curiosa sistemática del Código ha ubicado a estos últimos en el artículo 1322.

Resulta importante considerar que el daño no debe identificarse tan solo con el valor de la prestación no realizada (o, en su caso, el de los defectos presentes en la recibida o el del perjuicio experimentado por la demora). Debe incluir también cualquier otra afectación que la otra parte haya soportado por causa del incumplimiento (GIL). Consideramos que además deben tenerse en cuenta los perjuicios generados por el incumplimiento de los deberes conexos de conocimiento, información o seguridad que las partes tienen.

Conforme a lo establecido en el artículo bajo comentario, la regla es que el resarcimiento por la inejecución de la obligación comprende el daño emergente, así como el lucro cesante (además del daño moral), en tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución (independientemente de que sean previsibles o no). Así, la inejecución de la obligación puede generar una multiplicidad de daños, pero no todos serán resarcibles (y de estos muchos menos serán resarcidos). Se excluye de esta forma la indemnización de los daños que sean consecuencia mediata (o en todo caso indirecta) de la inejecución, salvo que su indemnización haya sido pactada (Cfr. OSTERLING y CASTILLO). Aparentemente, la intención del legislador ha sido que los daños a indemnizar sean solo aquellos directamente conectados al incumplimiento.

La regla anterior se aplica a los casos en que la inejecución sea generada mediando dolo o culpa inexcusable. Se distinguen así estos supuestos (de mala fe y negligencia gravísima que linda con lo primero) del supuesto de culpa leve.

Por su parte, si el sujeto actúa con culpa leve (en donde se considera que es más clara una actuación de buena fe), el legislador ha considerado que este solo responderá por los daños que sean también consecuencia inmediata y directa de la inejecución, pero solo en la medida en que los mismos sean previstos o previsibles. De este modo se pretende evitar imputarle responsabilidad al deudor de buena fe por consecuencias dañosas que ni la propia víctima pudo haber previsto, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso (GIL).

Por supuesto, este criterio puede aparentar mucha coherencia si se aprecia desde el punto de vista del causante. Pero ¿y qué hay de la víctima? El hecho de que el daño no haya podido ser previsto no es, de ninguna manera, un justificante para que el costo del mismo permanezca en su esfera jurídica. Esta es una muestra más de los errores a los que nos puede llevar un vetusto sistema que basa sus normas en el *favor debitoris.*

DOCTRINA

ALPA, Responsabilidad civil y daño, lineamientos y cuestiones. Lima: Gaceta Jurídica, 2001; ALPA, et al., Estudios de la Responsabilidad Civil, Lima: Ara Editores, 2001; ALTERINI y LÓPEZ CABANA, Enciclopedia de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996; ASÚA, La responsabilidad, En: Puig I Ferriol, et al., Manual de Derecho Civil, Madrid: Marcial Pons, 1998, Tomo II; BETTI, Teoría General de las Obligaciones, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969; BIANCA, Diritto Civile, Milano: Giuffrè. 1994, Vol. 5; BUERES et al., Responsabilidad por daños, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990; BULLARD, Estudios de Análisis Económico del Derecho. Lima: Ara Editores, 1996; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, Vol 5; CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, Compendio de Derecho de las Obligaciones, La Plata: Librería Editora Platense, 1984. Tomo 2; DE ANGEL, Tratado de Responsabilidad Civil, Madrid: Civitas, 1993; DE CUPIS, El daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Barcelona: Bosch, 1975; DÍEZ-PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil

Patrimonial, Madrid: Civitas, 1996. Vol II; Derecho de Daños, Madrid: Civitas, 1999; ESPINOZA, Derecho de la Responsabilidad Civil, Lima: Gaceta Jurídica, 2003; FERRERO, Curso de Derecho de las Obligaciones. Lima: Grijley, 2001; GIL, Responsabilidad por incumplimiento, En: Puig I Ferriol et al., Manual de Derecho Civil, Marcial Pons, Madrid, 1998, Tomo II; JORDANO, La Responsabilidad Contractual, Civitas, Madrid, 1987; OSTERLING, Las Obligaciones, En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol VI, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988; OSTERLING y CASTILLO, Tratado de las Obligaciones. En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol XVI, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, Cuarta Parte, Tomo X; 2002; REGLERO et at., Tratado de Responsabilidad Civil, Pamplona: Aranzadi, 2002; SANTOS BRIZ, Derecho de Daños, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963; TABOADA, Elementos de la Responsabilidad Civil, Lima: Grijley, 2001; TAMAYO JARAMILLO, De la Responsabilidad Civil, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, T: I, Teoría General de la Responsabilidad Civil. Responsabilidad contractual; TRABUCCI, Instituciones de Derecho Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid; TRIGO REPRESAS y STIGLITZ, Derecho de Daños, Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1991; VENINI, Responsabilidad por daños contractual y extracontractual, Rosario: Juris, 1990; WOOLCOTT, La responsabilidad civil de los profesionales. Lima: Ara Editores; ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea, 1982.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

El daño emergente y el lucro cesante en la responsabilidad contractual

Es entendida como el daño emergente, el daño a un bien que sale o saldrá de la esfera patrimonial de la víctima; en el lucro cesante un valor que no ingresa o no ingresará al referido patrimonio. Por ello no es posible identificar daño emergente con el perjuicio pasado y lucro cesante con el futuro, pues no es el tiempo de su producción lo relevante para distinguirlos, sino que salga o no ingrese algún bien patrimonial a la esfera económica del sujeto perjudicado. De allí que pueda existir daño emergente y lucro cesante pasados o futuros, respectivamente: daño emergente pasado: reintegro de gastos efectuados; daño emergente futuro: sumas que salen del reclamante en fecha posterior al momento de la liquidación y pago; lucro cesante pasado: lo que se dejó de percibir desde la producción del daño hasta la liquidación; lucro cesante futuro: lo que se deja de percibir desde la liquidación hasta la finalización del período indemnizable **(Cas. N° 1318-2016-Huancavelica).**

La unitariedad de la responsabilidad civil

{L}a recurrente manifiesta que se ha vulnerado el principio de congruencia procesal, ya que cuando se resolvió la excepción de prescripción extintiva deducida por el {demandado} JCMZA, se sustentó en la responsabilidad extracontractual; sin embargo, en la recurrida se establece que simultánea y contradictoriamente por el mismo hecho existe responsabilidad contractual, cabe indicar lo siguiente: este Supremo Tribunal estima que, de conformidad con un sector de la moderna doctrina y para el caso materia de juicio, debe concebirse la responsabilidad civil como una institución única, existiendo solo algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En tal sentido, aun cuando nuestra legislación civil se adhiere al sistema tradicional (en que se regula por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil), ello no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, y que se estudie ambas clases de responsabilidad sobre la base de elementos comunes. La actual regulación del nuestro Código Civil no puede ser impedimento para estudiar el sistema de la responsabilidad civil desde una óptica unitaria, más aún cuando la prolongación indefinida del conflicto afectaría los derechos de las partes, la decisión adoptada no transciende el resultado del proceso **(Cas. N° 4922-2010-Lima).**

La responsabilidad civil contractual: Definiciones

{L}a responsabilidad contractual está definida como aquella que se deriva del incumplimiento de una obligación establecida en un contrato. Si el incumplimiento es imputable a uno de los contratantes por haber actuado con dolo o culpa, deberá indemnizar al afectado. El dolo se expresa en el incumplimiento deliberado de la obligación. La culpa en cambio consiste en el incumplimiento derivado de una grave negligencia (culpa inexcusable) o del incumplimiento por omitir la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (culpa leve). No obstante, quien haya actuado con la diligencia ordinaria requerida no será responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Tampoco será responsable del incumplimiento si este se deriva de caso fortuito o de fuerza mayor **(Cas. N° 3153-2009-Piura).**

Indemnización como resarcimiento pecuniario

{La} indemnización es el resarcimiento pecuniario de los daños que se ocasiona en perjuicio de alguna persona, entendiéndose esta como el perjuicio no patrimonial inferido en los derechos de la personalidad, en los valores que pertenecen más al campo de la subjetividad que a la realidad, debiendo por tanto probarse el desmedro y cómo este ha influido negativamente

en la vida subjetiva del afectado, daño que puede ser cuantificable económicamente o patrimonialmente por el juez (Cas. N° 640-2009-Lima).

Noción de daño emergente y lucro cesante

{E}n el campo de la doctrina en materia indemnizatoria se maneja el concepto arraigado que los perjuicios patrimoniales incluyen el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente, está referido a la disminución patrimonial que sufre una persona y puede comprender los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad; en tanto que el lucro cesante, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego (Cas. N° 1379-2009-Lima).

Elementos que configuran la responsabilidad civil contractual

{L}a responsabilidad civil contractual presupone el incumplimiento de una obligación nacida del contrato y contiene los siguientes presupuestos para su configuración: a) debe existir un contrato; b) un contrato válido; c) del cual nació la obligación incumplida; y, d) obligación incumplida por un contratante en perjuicio del otro contratante (Cas. N° 599-2006-Puno).

La obligación alimentaria no constituye un supuesto de daño emergente

{E}l demandante en su escrito de demanda, sostiene que el daño emergente consiste en: 1) El pago de honorarios profesionales del abogado que lo patrocino en el proceso laboral, 2) Las deudas contraídas por servicios públicos, instituciones del sistema financiero y, otras que no son del sistema financiero, y 3) La venta forzosa del vehículo de su propiedad. Respecto al primero punto, no obra en autos el contrato por prestación de servicios profesionales que acredite la suma pactada ni el recibo de honorarios correspondiente que acredite la suma pagada o lo adeudado en tal contrato. En cuanto al segundo punto, si bien es cierto que existieron obligaciones impagas a entidades financieras que luego de los requerimientos correspondientes se han judicializado, afectándose lógicamente en algunos casos bienes del actor; también es cierto que, no existe pérdida patrimonial que se califique como daño emergente, en razón que algunas de estas obligaciones han sido canceladas, además que no obra en autos que dichos bienes hayan sido objeto de remate judicial. La obligación alimentaria que el demandante tendría con su menor hijo, no constituye daño emergente, puesto que esta deriva de una relación familiar que necesariamente debe acudirse haya sido o no despedido. Tampoco constituye daño emergente el pago de pensiones a la universidad, por tratarse obligaciones familiares. Finalmente, en cuanto al tercer punto, no obra en autos medios probatorio idóneo que acredite que el demandante se haya visto forzado a vender el vehículo de su propiedad; ni se acredita que haya sufrido pérdida de alguno de los bienes muebles o inmuebles de su patrimonio descrito en la Declaración Jurada de Bienes y Rentas (...). Siendo así, se puede concluir que tratándose el daño emergente la pérdida o menoscabo que se produce en el patrimonio de la persona, tal concepto no se ha acreditado en el presente proceso; por consiguiente, este extremo denunciado también corresponde sea declarado infundado (Cas. N° 699-2015-Lima).

Responsabilidad civil contractual por incumplimiento de los deberes de protección

{L}o que se reclama en la presente causa es una indemnización por responsabilidad de carácter contractual, posición que se asume teniendo en cuenta que en toda relación contractual no solamente las partes tienen que cumplir con las prestaciones a las que se obligaron, sino además tienen que cumplir ciertos deberes a fin de hacer posible la prestación asumida por los contratantes. Así, el acreedor tiene el deber de realizar ciertos actos necesarios para facilitar que la prestación se cumpla a su favor con el cual se habrá satisfecho el deber de cooperación que pesa sobre el deudor (...). En otras palabras, la responsabilidad contractual no necesariamente supone el incumplimiento de una prestación específica o principal, sino también nace por el incumplimiento de deberes que subyacen de la relación obligatoria ligados a su ejecución, como los de protección, de seguridad, buena fe, entre otros, los cuales hacen posible la consecución del fin contractual –satisfacción de los intereses de las partes– (Cas. N° 945-2009-Callao).

No puede aducirse cumplimiento defectuoso si medió información y autorización de los riesgos por parte del paciente

{D}ebe tenerse en cuenta que conforme a la doctrina autorizada "(...) solo se puede hablar de responsabilidad obligacional, cuando el deudor cause daño al acreedor como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la prestación a su cargo, en la medida que tal incumplimiento, en sus cuatro tipos le sea imputable por dolo, culpa grave o culpa leve". En el presente caso, como se reitera no se ha acreditado el alegado cumplimiento defectuoso de la obligación, en la medida que, al practicarse la intervención quirúrgica a la accionante, la misma prestó su autorización y fue debidamente informada de la existencia de un riesgo mínimo de falla del método, lo cual le fue explicado cuatro días antes de practicarse dicha intervención según lo han constatado las instancias (Cas. N° 4056-2010-Arequipa).

Responsabilidad civil extracontractual por violación de un deber genérico de no causar daño en las relaciones obligacionales

{L}a relación causal entre la conducta antijurídica de la demandada y el daño causado al accionante se encuentra plenamente acreditado (...) como son: la sentencia recaída en la acción de amparo que declaró fundada la demanda del accionante, las boletas de pago de remuneraciones, haber sido registrado en una central de riesgo por no haber pagado un préstamo personal por descuento por planilla y como consecuencia de ello ha resultado no sujeto a crédito; asimismo, concluye la recurrida que la sanción administrativa de suspender al accionante por tres meses sin goce de remuneraciones fue como consecuencia del ejercicio arbitrario de atribuciones de la universidad demandada, la cual indudablemente ha generado daño al demandante al privársele de laborar normal y regularmente en su centro de trabajo; consecuentemente no percibió sus remuneraciones, existiendo evidentemente nexo causal, cuya conducta se adecua al supuesto del artículo 1969 del Código Civil, toda vez que el factor de atribución en el presente caso corresponde al sistema subjetivo de responsabilidad civil por dolo, y de ahí el daño produce como efecto jurídico el nacimiento de la obligación legal de indemnizar bien se trate del ámbito contractual o extracontractual. De lo expuesto cabe destacar que en la producción del daño la doctrina mayoritaria considera tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, cualquier conducta ilícita que cause daño da lugar a la obligación de indemnizar; así en el presente caso el daño inferido se ha probado en mérito a lo resuelto por la justicia constitucional que ha declarado fundada la demanda de amparo que declara inaplicable al accionante la resolución administrativa que lo sanciona con suspensión por tres meses sin goce de remuneraciones, reconociendo la existencia de agravio de los derechos constitucionales como trabajador. En consecuencia, debe admitirse la existencia de una zona intermedia entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, en que ambos tipos de responsabilidades se confunden; es decir, que, a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge además la violación del deber genérico de no causar daño a otro (Cas N° 433-2010-Huánuco).

Responsabilidad contractual por mala ejecución del proyecto de habilitación urbana

{H}abiéndose fijado como uno de los puntos de la controversia el determinar si los denunciados civiles antes de las ventas efectuadas tanto a la actora como a los demandados cumplieron con realizar la habilitación urbana definitiva de la citada urbanización y si la Municipalidad (...) aprobó en forma definitiva dicha habilitación con construcciones simultáneas y habiéndose determinado en autos que los citados denunciados civiles han tenido responsabilidad en el asunto que se discute, pues pese a transferir el lote número dos a la accionante, la falta de fijación del área del referido lote se ha debido a sus continuas negligencias en la habilitación urbana, por lo que es evidente que se encuentran sujetos a la indemnización de daños y perjuicios en los términos previstos por el artículo 1321 del Código Civil, norma esta que ha sido correctamente aplicada al decidirse la litis (Cas. N° 3002-2005-Piura).

Diferencia entre el lucro cesante y las remuneraciones dejadas de percibir

{S}e encuentra acreditada la infracción normativa por inaplicación del artículo 1321 del Código Civil, al haberse determinado por esta Sala Suprema, el haber comparado al lucro cesante y las remuneraciones dejadas de percibir, las mismas que tienen naturaleza jurídica distinta, mientras que el primero, es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica como consecuencia del daño; el segundo, son las remuneraciones que el trabajador no pudo cobrar por falta de contraprestación efectiva de trabajo, tiene naturaleza retributiva y no indemnizatoria a diferencia del primero, lo que implica establecer una diferencia conceptual y de categoría jurídica; motivo por que la causal denunciada deviene en fundada (Cas. N° 7625-2016-Callao).

No existe responsabilidad contractual si la obligación fue ejecutada adecuadamente

{L}a temperatura de los melones transportados por las cuatro naves citadas, fue la adecuada, por lo que no debieron sufrir deterioro alguno; no obstante llegaron en mal estado, pero no por causa del transporte ni de los contenedores, siendo la única causa probable del daño el vicio intrínseco de la cosa, es decir, el estado de sobremaduración con el cual fueron embarcados los frutos y que determinó que luego de la travesía ya se encontrasen inservibles, vicio propio de la cosa que es imputable al cargador y no al transportista (...). La recurrente sustenta su causal en el incumplimiento por parte de la demandante de las obligaciones contenidas en el conocimiento de embarque por el transporte tardío del producto de melones (...), y en las defectuosas condiciones para ello; sin embargo, como se ha reseñado precedentemente no se ha determinado inejecución de obligaciones por parte de la demandante en el traslado oportuno del producto ni en las condiciones de transporte del mismo, por cuanto si bien no se pactó un plazo específico para el traslado de la fruta, en los Conocimientos de Embarque fue desarrollado en tiempo suficiente (veinte a veinticuatro días) (Cas. N° 1416-2014-Lima).

Se puede emplear las remuneraciones laborales para cuantificar el resarcimiento

Cabe sostener (...) a fin de evitar futuras nulidades, que en el considerando sexto de la resolución recurrida, se observa que el lucro cesante se encuentra constituido para las instancias de mérito por las remuneraciones dejadas de percibir por la parte demandante, siendo pertinente precisar que (...) en los procesos de esta naturaleza no está referida a las remuneraciones

laborales dejadas de recibir durante el tiempo de cese, sino que estos solo deben ser referenciales para el quantum de la indemnización, debiendo tenerse en cuenta además que, el lucro cesante es la ganancia dejada de percibir, lo que no incluye el gasto realizado para la obtención de dicho beneficio ***(Cas. N° 5311-2008-Amazonas).***

Distinción de los factores de atribución de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual

Igualmente, en la responsabilidad civil extracontractual el factor subjetivo de responsabilidad solo puede ser el dolo o la culpa, y corresponde al supuesto dañante probar que no actuó con dolo o con culpa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1969 del Código Civil, en tanto que en la responsabilidad civil contractual el factor subjetivo de responsabilidad puede ser a título de dolo, culpa inexcusable o culpa leve, presumiéndose la culpa leve y debiendo probar el supuesto dañado el dolo o la culpa inexcusable, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1329 y 1330 del Código Civil. En tal sentido es evidente que la regulación y prueba del factor atributivo de responsabilidad subjetiva son diferentes en los regímenes de responsabilidad civil extracontractual y contractual ***(Cas. N° 4083-2015-Junín).***

PLENOS JURISDICCIONALES DISTRITALES

Responsabilidad por despido arbitrario es de naturaleza contractual

De acuerdo con un sector de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como otros magistrados inferiores, la responsabilidad por los daños y perjuicios respecto de un trabajador, cuyo vínculo laboral fue roto arbitrariamente por su empleador declarado así a través de un proceso de amparo, es de naturaleza contractual, concretamente por la inejecución de obligaciones laborales, puesto que el despido se efectuó contraviniendo no solo el contrato laboral, que contiene obligaciones laborales tanto para el trabajador como para el empleador, sino porque también se inejecutan obligaciones previstas en normas legales que regulan los supuestos de despido de carácter laboral ***(Pleno Jurisdiccional Distrital Civil 2009 Lima. Acuerdo 1, tema 3).***

Procede demandar en la vía civil indemnización por daños y perjuicios por despido arbitrario

Procede en la vía civil, una demanda por indemnización de daños y perjuicios, por despido arbitrario, al haber sido el trabajador repuesto en virtud de una demanda de amparo, pudiendo ser indemnizados todos los daños a condición que sean probados ***(Pleno Jurisdiccional Distrital Civil 2007 Lima Norte. Acuerdo 2, tema 1).***

Indemnización del daño moral

Artículo 1322.- *El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es suceptible de resarcimiento.*

Concordancias:
C.C. arts. 1321, 1984, 1985

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

1. Sobre el daño moral y la discusión generada en torno a él

Una de las instituciones que más discusión ha generado en los últimos tiempos ha sido el daño moral. En nuestro medio, sobre todo, el problema ha sido generado por un conflicto escolástico.

Tradicionalmente se ha considerado que hay dos formas de entender la categoría de daño moral.

En un primer sentido, en estricto, el daño moral vendría a ser aquel que afecta la esfera interna del sujeto no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos, valores. En otras palabras, es el sufrimiento que se puede generar a un sujeto manifestado en dolor, angustia, aflicción, humillación, etc.

En un segundo sentido, en sentido lato, el daño moral sería todo daño extrapatrimonial. Se incluiría, de este modo, el daño moral en sentido propio y los demás daños extrapatrimoniales, como la integridad física o la salud. Este sentido es el que se utiliza en el sistema francés. Así también lo entiende la doctrina española (DE ÁNGEL).

En nuestro medio hay una importante corriente doctrinaria que rechaza esta clasificación. Así, partiendo de la concepción de daño a la persona, entendiendo como tal el agravio o la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal, se considera que el daño moral es una subespecie del anterior, en cuanto se manifestaría como una lesión a uno de los aspectos psíquicos de la misma, de carácter emocional. Lo interesante de esta posición parece radicar en que ubica en el centro de su análisis a la propia persona, antes que en elementos patrimoniales, siendo base de la clasificación, entonces, tanto la naturaleza del ente afectado como las consecuencias mismas del hecho dañoso. Desde esta perspectiva, se considera que carecería de significado seguir refiriéndose al daño moral como institución autónoma del daño a la persona (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Curiosamente, en nuestro medio también hay una corriente que dice precisamente lo contrario. Se parte de considerar que el daño moral viene a ser aquel que no tiene ningún contenido patrimonial (esto es, se utiliza la expresión en su sentido lato). Al englobar a todos los daños extrapatrimoniales, la inclusión del daño a la persona resultaría innecesaria por cuanto este último sería una subespecie del daño moral. Partiendo de esto, se discute la pretendida distinción entre los dos daños, concluyéndose que, al tener el daño a la persona un tratamiento similar y pertenecer al mismo campo del daño moral, no se justifica la subdivisión, debiendo considerarse como una sola figura (DE TRAZEGNIES).

En uno de los mejores trabajos sobre la materia León, haciendo un exhaustivo estudio de las fuentes del daño moral y el daño a la persona, considera que este último es el resultado de una importación doctrinaria que, en su contexto, configuraría una categoría que se utiliza

con meros fines descriptivos y, por ende, sin ningún afán sistematizador. De este modo, en nuestro país, se estaría pretendiendo utilizarla para un fin distinto a aquel para el que fue creado. Esta posición concluye que, dado el contenido del daño moral (en su sentido amplio), la noción de daño a la persona resultaría repetitiva e inútil, más aún cuando su inclusión en nuestro Código Civil ha sido, más bien, accidental. Concordamos con esta posición.

2. ¿Estamos ante una simple "guerra de etiquetas"?

El ser humano es el centro del Derecho. Son sus titularidades las que se protegen (ya sea que nos refiramos a él como concebido o como persona individual o, finalmente y por simplificación, a la persona colectiva). Solo un sujeto de derecho puede tener dichas titularidades. Asimismo, solo un sujeto de derecho puede ser afectado por un daño en su esfera jurídica.

De acuerdo con lo anterior, y jugando con "etiquetas", podríamos afirmar que todo daño que afecte la esfera jurídica de un sujeto de derecho podría ser llamado un daño subjetivo. Y limitando esto a la persona, todo daño en su esfera jurídica podría ser llamado daño a la persona. Por supuesto estas denominaciones serían pleonásticas (individualmente consideradas), ya que solo un sujeto de derecho, por ejemplo una persona, puede sufrir daños. Independientemente de las "etiquetas" con las que juguemos, es un hecho que el ser humano es el centro del ordenamiento.

Las instituciones jurídicas son medios, no fines en sí mismos y, en cuanto sirvan al hombre, con cierta coherencia, serán bienvenidas. Lo importante, entonces, es su utilidad antes que la asignación de un *nomen iuris,* una "etiqueta" particular. De este modo, si se establecen, o pretenden crearse, instituciones o categorías jurídicas es importante que tengan un cierto nivel de operatividad y, más importante, de utilidad. Finalmente es esto lo que importa. Este es el centro de la discusión (DE TRAZEGNIES).

Apreciando la utilidad de las figuras (más que el "etiquetado"), el daño moral, como categoría jurídica (en su acepción amplia), resulta suficiente para englobar a todos los daños de naturaleza extrapatrimonial que puedan afectar a un sujeto de derecho, al entenderse que lo constituye todo menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por un evento dañoso, incluyendo los llamados derechos de la personalidad (DE ÁNGEL).

Definitivamente, para apreciar el daño moral, se tendrá en cuenta la naturaleza del interés lesionado (el interés de un sujeto de derecho) y la extrapatrimonialidad del bien jurídico. Por supuesto, no puede entenderse, sino por contraposición al daño patrimonial (ZANNONI). Sin embargo, esta última situación en nada disminuye que sea el ser humano el centro del ordenamiento jurídico (Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO).

No podemos dejar de declarar la importancia de la corriente doctrinaria que defiende la teoría del daño a la persona. Sin embargo, esta sigue siendo, en nuestro país, solo una corriente doctrinaria. Su inserción en el Código Civil es, más bien, coyuntural (para bien o para mal), por lo que no podría afirmarse sino que es una ambigua categoría legislativa que no es, precisamente, la regla en nuestro sistema jurídico. Claro, la muy respetable corriente doctrinaria que la defiende ha planteado un esquema filosófico más o menos coherente pero, en el actual estado de nuestro ordenamiento jurídico, no resulta aplicable. Si se pretendiese esto, sería necesaria una modificación normativa que equipare el daño a la persona con el daño extrapatrimonial (que es lo que en los últimos años se ha pretendido).

Sin embargo, modificar las normas del Código Civil (o de cualquier otro cuerpo nor-
 mativo del ordenamiento jurídico), dependiendo de nuestros intereses académicos, o de la

escuela a la que pertenecemos, resultaría poco serio, más aún cuando la inserción de una nueva categoría resulta ociosa frente a otra ya existente y, todavía más, cuando dicha categoría, habiendo sido importada, se pretende aplicar en nuestro sistema jurídico desconociendo su función original.

3. El daño moral en el artículo 1322 del Código Civil

El artículo bajo comentario establece de manera escueta que el daño moral, cuando se hubiese irrogado, es susceptible de resarcimiento, adicionalmente a los daños indicados en el artículo 1321. La sistemática del Código no es, precisamente, la más adecuada, al separar, en dos artículos, los daños, susceptibles de resarcimiento, generados a partir de la inejecución de la obligación o del incumplimiento de los deberes conexos de conocimiento, información o seguridad que se tiene.

Quienes siguen la teoría del daño a la persona han manifestado en más de una oportunidad que la redacción de este artículo es peligrosa, debido a que estaría excluyendo gran parte de los daños extrapatrimoniales.

Para salvar el supuesto problema, se ha afirmado que, a pesar de que se ha hecho referencia al daño moral en vez de centrarse en la categoría del daño a la persona (considerada genérica), el ponente del Libro de Obligaciones, conforme a la Exposición de Motivos de dicho libro, le otorga a la categoría del daño moral los mismos alcances genéricos del daño a la persona. Se indica, de este modo, que el ponente se habría inclinado por un concepto amplio de daño moral a fin de incluir a los daños inferidos a la persona en sus diferentes manifestaciones (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

Con una visión más conservadora, se ha afirmado también que, si bien el presente artículo se refiere al daño moral en sentido propio (conclusión a la que se llega a través de una comparación con la aparente sistemática de la sección de responsabilidad extracontractual), el daño a la persona sería también indemnizable en el campo contractual por cuanto no existiría razón alguna para limitar su aplicación al campo extracontractual (TABOADA).

Para apreciar si en verdad hay un problema habría que evaluar la intención del legislador al elaborar el presente artículo.

Para el ponente del Libro de Obligaciones, el daño moral vendría a ser "el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral, originan, además, un daño material. Y en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales *strictu sensu*, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual" (OSTERLING).

Como puede verse, excluir la posibilidad de resarcimiento del daño a la persona, definitivamente, no ha sido la intención del legislador. Más precisamente: hacer referencia alguna al daño a la persona no ha sido intención del legislador ya que, sencillamente, en su concepción filosófica (siguiendo a la doctrina francesa) el daño moral engloba a todos los daños extrapatrimoniales.

La intención del legislador tampoco ha sido referirse al daño a la persona llamándolo daño moral, o tratar como sinónimos uno y otro (Cfr. FERNÁNDEZ SE-SSAREGO). Por

su parte, tampoco ha pretendido regular el daño moral solo en su concepción estricta (Cfr. TABOADA). Sencillamente, para el legislador daño moral es daño extrapatrimonial.

Afirmar que el artículo 1322 contempla solo al daño moral en sentido estricto no es solo desconocer la intención del legislador, sino (y esto es más peligroso) considerar la posibilidad de que se generen daños de carácter extrapatrimonial que no puedan ser indemnizados en supuestos de responsabilidad contractual. En este entendido, sería absurdo considerar que alguien que ha sido afectado físicamente durante la ejecución, por ejemplo, de un contrato de prestación de servicios médicos, no pueda ser indemnizado.

En conclusión, el artículo 1322 se refiere al daño moral en su acepción amplia, abarcando todo tipo de daños extrapatrimoniales generados en el ámbito de la inejecución de obligaciones. En esta medida, en la concepción que da fundamento a dicho sistema, no hay cabida para el daño a la persona. Por ende, los supuestos problemas de su falta de regulación no son tales.

4. Carácter de la indemnización del daño moral

En la actualidad se ha dejado de considerar que el daño moral tiene un carácter punitivo, lo que era sostenido bajo el argumento de que los sufrimientos o el daño a la salud física no se podrían valorar, siendo lo contrario, incluso, hasta inmorales. Así, se entiende actualmente que la indemnización del daño moral tiene un claro carácter resarcitorio (GHERSI, ZANNONI).

El hecho de que los daños extrapatrimoniales, por propia definición, no puedan ser valorados en dinero (ni directa ni indirectamente) no significa que no puedan ser susceptibles de una indemnización. Por supuesto, no se puede reparar la pérdida de una parte del cuerpo o, en muchos casos, incluso la salud mental, por lo que la indemnización no podría cumplir una función compensatoria. Sin embargo, ciertamente, no es su objeto en estos casos regresar las cosas a como estaban antes. Más bien, la indemnización cumple un papel satisfactivo, dado que si bien no se puede eliminar totalmente el daño, por lo menos se busca que la víctima obtenga mecanismos para paliarlo (ZANNONI).

El problema se centra en qué criterios utilizar para su cuantificación, tarea bastante difícil dada su naturaleza. Ciertamente la cuantificación del daño moral depende de cada caso y de las condiciones personales de quien merece ser indemnizado, no siendo objeto de cálculos puramente matemáticos, por lo que, incluso, no tiene que guardar proporción con otros rubros indemnizables (GHERSI).

Finalmente, debemos tener en cuenta que, si bien es común que la indemnización del daño moral sea en dinero, esta no es la única forma que puede revestir ya que también puede comprender cualquier otro tipo de medio de resarcimiento, como pueden ser, entre otros, el cese de las actividades ofensivas, publicación de aclaraciones, etc. (TOMASELLO, ZANNONI).

DOCTRINA

ALPA, Responsabilidad civil y daño, lineamientos y cuestiones. Lima: Gaceta Jurídica, 2001; ALPA, et al., Estudios de la Responsabilidad Civil, Lima: Ara Editores, 2001; ALTERINI y LÓPEZ CABANA, Enciclopedia de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996; ASÚA, La responsabilidad, En: Puig I Ferriol, et al., Manual de Derecho Civil, Madrid: Marcial Pons, 1998, Tomo II; BETTI, Teoría General de las Obligaciones, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969; BIANCA, Diritto Civile, Milano: Giuffrè. 1994, Vol. 5; BUERES et al., Responsabilidad por daños, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires Abeledo-Perrot, 1987, Vol 5; CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, Compendio de Derecho de las Obligaciones, La Plata: Librería

Editora Platense, 1984. Tomo 2; DE ANGEL, Tratado de Responsabilidad Civil, Madrid: Civitas, 1993; DE CUPIS, El daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Barcelona: Bosch, 1975; DÍEZ- PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Madrid: Civitas, 1996. Vol II; Derecho de Daños, Madrid: Civitas, 1999; ESPINOZA, Derecho de la Responsabilidad Civil, Lima: Gaceta Jurídica, 2003; FERRERO, Curso de Derecho de las Obligaciones. Lima: Grijley, 2001; FERNANDEZ SESSAREGO, Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral", En: Revista Jurídica del Perú Año LIII N° 50, Lima, setiembre 2003; Daño a la persona y daño moral en la doctrina y jurisprudencia latinoamericana actual, En: Themis, 2ª Época, N° 38, Lima, 1998; Precisiones preliminares sobre el daño a la persona, En: Themis, 2ª Época, N° 34, Lima, 1996; Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas, Lima: Universidad de Lima, 1990; GHERSI, Valuación económica del daño moral y psicológico. Buenos Aires: Astrea, 2000; GIL, Responsabilidad por incumplimiento, En: Puig I Ferriol et al., Manual de Derecho Civil, Madrid: Marcial Pons, 1998, Tomo II; JORDANO, La Responsabilidad Contractual, Madrid: Civitas, 1987; LEÓN, Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el Derecho Civil peruano, En: Revista Peruana de Jurisprudencia, Año 4, N° 23, Enero 2003; OSTERLING, Las Obligaciones, En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol VI, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988; OSTERLING y CASTILLO, Tratado de las Obligaciones. En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol XVI, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, Cuarta Parte, Tomo X; 2002; PIZARRO, Daño moral. Prevención, reparación, principios. Buenos Aires: Hammurabi, 1996; REGLERO et at., Tratado de Responsabilidad Civil, Pamplona: Aranzadi, 2002; SANTOS BRIZ, Derecho de Daños, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963; TABOADA, Elementos de la Responsabilidad Civil, Grijley, Lima, 2001; TAMAYO JARAMILLO, De la Responsabilidad Civil, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, T: I, Teoría General de la Responsabilidad Civil. Responsabilidad contractual; TOMASELLO, El daño moral en la responsabilidad contractual, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile,1969; TRABUCCI, Instituciones de Derecho Civil, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado; DE TRAZEGNIES, La Responsabilidad Extracontractual, En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol IV, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990; TRIGO REPRESAS y STIGLITZ, Derecho de Daños, Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1991; VENINI, Responsabilidad por daños contractual y extracontractual, Rosario: Juris, 1990; WOOLCOTT, La responsabilidad civil de los profesionales. Lima: Ara Editores; ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea, 1982.

JURISPRUDENCIA

PLENOS CASATORIOS

Relación entre el daño a la persona y el daño moral

(S)egún doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie. Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona, tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322, y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984 y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985 ***(Cas. N° 4664-2010-Puno. III Pleno Casatorio. Considerando 71).***

CORTE SUPREMA

Definición del daño moral

El daño moral puede ser concebido como un daño no patrimonial inferido sobre los derechos de la personalidad o en valores, que pertenecen más al ámbito afectivo que al fáctico y económico; en tal sentido, el daño moral abarca todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva. Asimismo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses tutelados, reconocidos como derechos no patrimoniales ***(Cas. N° 7658-2016-Lima).***

El daño moral en las relaciones laborales

(E)l artículo 1322 del Código Civil, concerniente al daño moral, derivado del daño evento producido por el dañante que puede conceptualizarse como la lesión a los sentimientos que produce un gran dolor, aflicción o sufrimiento en la víctima, pues la adquisición de la enfermedad, genera un sentimiento colectivo de aflicción, que impone la necesidad de la tutela legal y resarcimiento a la víctima, dado que resulta imposible la tutela restitutoria, toda vez que la enfermedad profesional es irreversible ***(Cas. N° 12735-2015-Ica).***

Noción amplia del daño moral en la inejecución de las obligaciones

{E}n cuanto al daño moral, que viene a ser la lesión a los sentimientos de la víctima materializado en el sufrimiento natural que soporta el actor al ser portador de una enfermedad {neumoconiosis} de esta naturaleza que no solo limita su actividad sino que lo imposibilita a todo desarrollo personal; en ese sentido, el artículo 1322 del Código Civil se refiere al daño moral en su acepción amplia y abarca todo tipo de daños extrapatrimoniales generados en el ámbito de la inejecución de obligaciones, comprendiendo el daño irreversible en su integridad física y moral; así como en su salud por el padecimiento de una enfermedad degenerativa e irreversible que produce un daño biológico progresivo e irreversible en la persona que la padece (Cas. N° 12542-2016-Ica).

Daño moral es equivalente al concepto de daño a la persona

En el campo de la inejecución de obligaciones, el daño moral resulta equivalente a la noción conceptual del daño a la persona, es decir, hay que entenderlo de manera amplia como aflicción o sufrimiento, daño a la integridad psicosomática y daño al proyecto de vida, de lo que sigue que cualquier pedido que se realice por daño moral deberá tener en cuenta tal situación (Cas. N° 1318-2016-Huancavelica).

Distinción entre el daño moral y el daño al proyecto de vida

{E}l daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona, por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto, resultando así, una modalidad síquica del genérico daño a la persona. En tanto que el daño al proyecto de vida, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión siendo un daño radical, continuado, que acompaña a la persona durante toda su vida en la medida que compromete, para siempre, su "manera de ser". El llamado daño moral, no compromete la libertad del individuo, pues, como se ha notado es un daño sicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión e el dolor, el sufrimiento, siendo un daño que no se proyecta al futuro, pues no está vigente durante la vida de la persona, tendiendo a disiparse, generalmente, con el transcurso del tiempo (Cas. N° 4817-2013-Lambayeque).

El daño moral en la responsabilidad civil contractual por inejecución de contrato laboral

La indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual, derivada del contrato de trabajo, debe ser analizado dentro del ámbito de la responsabilidad civil, regulado en los artículos 1321 y 1322 del Código Civil, que comprende los conceptos de: daño emergente, lucro cesante y daño moral; es decir, el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, por inejecución de las obligaciones contractuales; toda vez que aun cuando no se desarrolla este instituto jurídico en la legislación laboral, sin embargo no por ello se puede dejar de administrar justicia, atendiendo al carácter tuitivo que busca proteger al trabajador, por ser la parte más débil dentro de la relación contractual laboral; por lo cual, aplican lo previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil (Cas. N° 2460-2015-Del Santa).

Se genera daño moral si el trabajador queda parapléjico

Sobre la pretensión de daño moral, en el que debemos comprender el daño psíquico, y analizar ambos daños invocados y cuantificados por el actor, se debe precisar que el artículo 1322° del Código Civil, establece que el daño moral, cuando se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento. Sobre este daño, a criterio de este Colegiado Supremo, no es difícil concluir que el accidente sufrido por el recurrente le generó suma aflicción y frustración al actor y su familia, toda vez que ha quedado incapacitado de por vida, con diagnóstico de daño "paraplejia" conforme ha quedado acreditado con el informe médico antes referido y con la Resolución del CONADIS N° 9564-2011-SEL/REG-CONADIS. En esta línea, en el caso de autos, este Colegiado Supremo considera que tal situación originada por el accidente de trabajo necesariamente generó estado de angustia, desesperación, ansia, dolor, sufrimiento e impotencia en el recurrente (pretium doloris), lo que es pasible de ser resarcida (Cas. N° 10491-2015-Junín).

Responsabilidad por daño moral por el incumplimiento de obligaciones legales

En relación a la causal de inaplicación del artículo 1322 del Código Civil, tenemos que el daño moral constituye todo aquel daño de naturaleza extrapatrimonial inferido en derechos de la personalidad o en los valores pertenecientes al ámbito de la afectividad, los cuales son susceptibles de ser resarcidos pecuniariamente en función a la gravedad objetiva del menoscabo causado. En el caso de autos, corresponde al actor el pago de una indemnización por daño moral, toda vez que dicha indemnización deriva del incumplimiento de las disposiciones legales y laborales por parte del empleador, y considerando que la empresa demandada, incumplió con su obligación legal de contratar un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, la cual le otorga una prestación económica por su incapacidad parcial permanente, esta Judicatura considera que atendiendo a la evidente dificultad de cuantificar este tipo de daño, su valuación debe enmarcarse dentro de un esquema abstracto; motivo por el cual la referida causal deviene en fundada (Cas. N° 17638-2015-Arequipa).

El daño moral es un subtipo del daño a la persona

{E}l propio Fernández Sessarego se encargó desde un inicio de precisar (...) que el "daño moral" es la especie del género mayor denominado "daño a la persona". Ello importa que el "daño moral" no significa una lesión física o psicológica a los múltiples aspectos de la personalidad, ni mucho menos atentado contra el proyecto de vida, porque esas categorías corresponden de manera específica al "daño a la persona", y queda reducido "al dolor o sufrimiento experimentado por la persona". Es, por lo tanto, "un daño psíquico que no es de naturaleza patológica y, solo como está dicho, afecta el sentimiento, la esfera afectiva de la persona" (...). Por consiguiente, esta aflicción o sufrimiento es de orden transitorio y no surge de afección patológica, sino de un acto dañino sufrido en la vida en relación. Es, además, un daño totalmente subjetivo, impreciso, inasible, no posible de medir y, por lo tanto, de difícil percepción y de aún más difícil cuantificación. Pero que esto sea así no significa que el referido daño sea deleznable, sino que su valoración deberá efectuarse por medios distintos a los ordinarios, dando singular importancia a sucedáneos probatorios y a las máximas de experiencia **(Cas. N° 4393-2013- La Libertad).**

Debe calcularse el resarcimiento del daño moral empleando el criterio de equidad

{E}n lo que atañe al daño moral, este Tribunal Supremo, considera que la justificación realizada no es la más adecuada. En efecto, la Sala Superior señala que debe tenerse en cuenta: i) el despido intempestivo o improvisado que repercutió en los sentimientos y emociones del demandante; ii) la existencia de un proceso judicial con el fin de lograr su reposición en el trabajo: iii) la inexistencia de ingresos económicos; iv) el criterio de equidad; y, v) la capacidad económica del causante del daño. Estos criterios, a nuestro juicio, no son los más apropiados; en principio, porque la indemnización no implica la generación de riqueza del afectado ni el empobrecimiento del afectante, dado que lo que se evalúa es el daño causado y la posibilidad de su reparación integral; de otro lado, porque la reparación no tiene por qué medir las condiciones económicas del afectante, pues ello supondría establecer la indemnización atendiendo al causante del daño y no a la víctima del mismo, quien es el que sufre las perturbaciones de ánimo y los padecimientos afectivos; finalmente, porque la equidad (que constituye un valor del Derecho) es también un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido debe precisarlo el operador del Derecho; no basta, por consiguiente, invocarlo sino debe especificarse cuál es la corrección que se realiza de la ley, por qué debe hacerse esta y qué criterio es el que se va a utilizar. Al no realizarse estas acciones el principio utilizado cae en el campo de lo arbitrario, lo que debe ser interdictado en un Estado Constitucional y Normativo **(Cas. N° 5721- 2011-Lima).**

Incumplimiento de pago de prestaciones periódicas

Artículo 1323.- ***Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario.***

Concordancias:
C.C. arts. 1231, 1561

MANUEL MURO ROJO

Este artículo no tiene antecedentes en el Derecho peruano; su fuente directa es el artículo 1819 del Código Civil italiano.

La norma bajo comentario guarda relación con el artículo 181 del Código nacional, en el que se regula la figura denominada "caducidad del plazo", que consiste en la pérdida que sufre el deudor de utilizar el plazo concedido a su favor, por las causales establecidas en dicha disposición (insolvencia del deudor; no otorgamiento de las garantías ofrecidas; y disminución o desaparición de estas).

Osterling (p. 210) refiere que la regla del artículo 1323 constituye un supuesto adicional (de caducidad de plazo) a los que prevé el artículo 181. En el fondo, esta afirmación es correcta, en el sentido de que el deudor pierde la protección que le otorga el plazo, el mismo que hace inexigible la obligación mientras aún se encuentre pendiente. Dicho de otro modo, si se configura alguna de las causales que la ley señala, el plazo se tiene por cumplido antes de su vencimiento, lo que redunda en detrimento del deudor, ya que impide a este la invocación del plazo y, consecuentemente, hace exigible la obligación (Cfr. VIDAL, p. 318).

Sin embargo, es de notar que entre las causales de caducidad del plazo que contempla el artículo 181 del Código Civil y esta que regula el artículo 1323, hay una notable diferencia. Las primeras no tienen que ver con el incumplimiento de la prestación en sí misma, sino que están relacionadas con circunstancias que eventualmente harían peligrar el cumplimiento o colocarían al acreedor en una situación de desprotección (insolvencia y falta de garantías); motivo por el cual el legislador considera que si se permite al deudor utilizar el plazo, no obstante haberse presentado alguna de tales situaciones, se perjudicaría la expectativa del acreedor de ver satisfecho su crédito. De esta manera, se facilita al acreedor que solicite la declaración de caducidad, a efectos de que pueda exigir la prestación inmediatamente; sin embargo, el trámite es judicial, es decir, admite discusión por parte del deudor y la decisión sobre si opera o no la caducidad está finalmente librada al criterio del juez.

El supuesto del artículo 1323, en cambio, se produce única y directamente por causa de incumplimiento de la prestación misma; incumplimiento del pago de una cantidad determinada de armadas o cuotas (tres), de una obligación cuyo pago ha sido convenido en prestaciones periódicas. Adicionalmente, el acreedor en este caso no discute en juicio si procede o no la caducidad o pérdida del derecho a utilizar el plazo por parte del deudor. Se trata de un hecho meramente objetivo que consiste en la constatación del vencimiento de tres cuotas impagas, para que surja en beneficio del acreedor el derecho a exigir el pago total del saldo, ya que en virtud de la ley se dan por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, lo cual no es otra cosa que el vencimiento anticipado de los plazos.

Sin duda, el soporte teórico de esta disposición es similar al que sustenta la figura de la caducidad del plazo: la protección del derecho de crédito; pues, si la ley permitiera que el deudor que incumple aprovechase todos los plazos de cada una de las armadas o cuotas periódicas, el acreedor no podría sino exigir una a una conforme vayan venciendo no obstante que el deudor, amparado en los plazos no vencidos, ya ha dado signos suficientes de incumplimiento desde el comienzo o durante la ejecución de la obligación.

La parte final del artículo comentado establece la posibilidad de convenir un pacto en contrario, es decir que la norma no es de orden público y queda a disposición de las partes acordar algo diferente. Decimos "diferente" y no necesariamente "contrario", pues lo contrario significaría que las partes pacten que, pese al vencimiento de tres cuotas, el acreedor no tiene el derecho de exigir el saldo y las cuotas pendientes no se darían por vencidas.

Opinamos que las partes pueden convenir algo diferente a eso, como por ejemplo que el derecho del acreedor de exigir el saldo y dar por vencidas las cuotas pendientes, no surja por incumplimiento de tres cuotas, sino de una cantidad mayor o menor; o que las partes acuerden que el derecho del acreedor nace solo cuando no se pagan cuotas sucesivas, excluyendo los casos de incumplimiento de cuotas no sucesivas. Sin duda, creemos que estos pactos y otros similares son válidos.

Un tema final e importante con relación a este artículo es el relativo a la facultad que la norma concede al acreedor y que, en nuestra opinión, ha sido mal entendida en sede jurisprudencial. En efecto, el artículo 1323 establece como supuesto el incumplimiento de pago de tres cuotas –o del número de cuotas que las partes hayan pactado– para que surja el derecho de cobrar el saldo dando por vencidas las cuotas pendientes. Nótese que es un derecho cuyo ejercicio o no depende exclusivamente de la voluntad del acreedor. Empero, además de eso, el acreedor no está impedido, a nuestro modo de ver, de optar si así lo quiere por la resolución del contrato, invocando para ello la aplicación de lo establecido en los artículos 1428 y 1429 del Código Civil, si se tratara de un contrato con prestaciones recíprocas; lo mismo que podría hacer si el contrato fuera de específicamente de compraventa y se hubiera convenido que el precio se pague en armadas, en cuyo caso el artículo 1561 del Código contiene una disposición semejante a la del artículo 1323, que faculta al vendedor a pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dando por vencidas todas las cuotas que estuvieren pendientes.

No obstante lo expresado, en una resolución casatoria que se incluye al final de este comentario (Cas. N° 1288-2002, vid. también en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 54, Lima, marzo 2003, p. 288), la Corte Suprema sostiene que "dicha norma (refiriéndose al artículo 1323) faculta al acreedor **únicamente** a exigir el pago inmediato del saldo total de la deuda; no otorgándosele la posibilidad de resolver el contrato por esta causa" (el resaltado es nuestro). Este criterio nos parece errado, el artículo 1323 no limita al acreedor a esta sola posibilidad (de exigir solo el pago del saldo); en nuestra opinión, al igual que en cualquier contrato con prestaciones recíprocas y al igual que en el régimen de la compraventa, el acreedor tiene ambas opciones: resolver o exigir el pago. De lo contrario, no se entendería cómo una norma destinada a proteger el derecho de crédito, estableciera una limitación al acreedor que es quien finalmente puede decidir lo que más le conviene precisamente para proteger su crédito; y, además, tal interpretación constituiría un tratamiento diferencial no justificado aplicable a todas las obligaciones y contratos distintos a los de prestaciones recíprocas o al de compraventa, en los que si cabe ejercer cualquiera de las dos alternativas mencionadas.

DOCTRINA

OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, T. III, Vol. I. W.G. Editor, Lima 1992; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA

Incumplimiento de la obligación en cuotas periódicas

{L}a aplicación del artículo 1323 del Código Civil, está referida a la causal de incumplimiento de la prestación misma; esto es por el incumplimiento del pago de una cantidad determinada en armadas de una obligación cuyo pago fue convenido en prestaciones periódicas: en el caso de autos conforme ya se ha referido los ejecutados no han demostrado haber cumplido con efectuar el pago de la prestación debida, por tanto al haberse contratado tal hecho surge el beneficio del acreedor a exigir el pago total del saldo (Cas. Nº 1432-2015-Del Santa).

Aplicación del artículo 1323 en los contratos de garantía hipotecaria

{E}n el presente caso las partes pactaron que en el supuesto que los deudores no cumplieran con las condiciones de pago, dejando de pagar una o más cuotas en los plazos establecidos, de acuerdo al artículo 1323 del C.C., se faculta a la entidad ejecutante al cobro íntegro de la deuda puesta a cobro y, por ende, a la ejecución de la garantía hipotecaria respectiva, según la tercera cláusula del Testimonio de Constitución de Garantía Hipotecaria (Cas. Nº 3949-2011-San Martín).

El número de cuotas señaladas en el artículo 1323 pueden ser modificadas

{E}s de observarse que el art. 1323 acotado establece a la letra que: "Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el incumplimiento de 3 cuotas, sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo deudor dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario". Que, la norma en cuestión debe ser analizada como un todo, ante lo cual su parte inicial establece que el incumplimiento en el pago de 3 cuotas, consecutivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir el pago del saldo deudor, siendo que el número de cuotas establecido aparentemente responde a un imperativo legal; sin embargo, la parte final de la misma, dispone que ello puede ser modificado si existe pacto en contrario, en consecuencia, el número de cuotas no implica un imperativo legal. Que, siendo esto así, las partes intervinientes en un contrato pueden acordar libremente la disminución en el número de cuotas impagas (Cas. Nº 1288-2002-Lima).

Incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero

Artículo 1324.- ***Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.***

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento.

Concordancias:
C.C. arts. 1244, 1245, 1246; C. de C. art. 404

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

El artículo submateria, en sustancia, señala que las obligaciones de dar sumas de dinero, *por lo menos*, y esto lo explicaremos seguidamente, en *forma automática* devengan el interés legal por la sola constatación de una situación moratoria del deudor; esto, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno; solo en el caso de que se haya pactado expresamente el daño ulterior, este podrá ser invocado por el acreedor perjudicado, previa probanza del mismo. Lo que en el fondo pareciera preverse, en una primera interpretación, es una *identificación material entre los intereses que automáticamente se devengan por efecto de la mora del deudor y la cuantificación del daño, que se presume*; y ello, porque del tenor de la norma puede colegirse que tales intereses, en la lógica de la norma, están en conexión directa con los posibles daños causados, en tanto, se infiere su existencia, al excluir la necesidad de su probanza, sustituyendo su cuantía por la de los intereses legales. Abona a favor de esta interpretación el hecho de que el segundo párrafo del artículo disponga que la "indemnización" por daño ulterior solo procedería en el caso que se hubiere pactado y, luego, concretamente demostrado su monto.

Teniendo presente el antecedente del artículo 1224 del *Codice Civile Italiano* de 1942, se ha observado que la norma comprende tanto a las obligaciones de deuda –en las que se debe un *quantum* que se determina en una suma de dinero al momento de constituirse la obligación y que se extinguen al pagarse la cantidad de signos monetarios estipulados– como a las obligaciones de valor, cuyo contenido corresponde al valor de un bien, un *quid*, que se mide y satisface al momento del pago con dinero siendo un ejemplo típico de esta categoría los debitos derivados del resarcimiento del daño (VISINTINI, p. 212). Se regula los denominados daños en las obligaciones pecuniarias, estando a la irrelevancia desde el punto de vista jurídico de la impotencia financiaría del deudor, el incumplimiento se presenta bajo la forma de retardo y el daño consiste, regularmente, en la falta de adquisición de los intereses, (VISINTINI, p. 212), agregándose además que la atribución al acreedor pecuniario de los solos intereses legales aparece inadecuada respecto a la tasa de interés en el mercado de capitales (GIORGIANNI, pp. 167 y ss.).

La regla recogida importa una consecuencia de tipo sancionatorio para el deudor, incluso allí donde no hay ningún daño, lo que nos puede llevar a sopesar que nos encontremos frente a una figura que constituye una cláusula penal *ex lege*: se trataría de una formulación que consiente reconocer en tal norma una penal legal (MAZZARESE, p. 233) o, en otros términos, una imposición *ex lege* de una prestación obligatoria coaligada al incumplimiento de un deber primario de conducta (MARINI, p. 54). A pesar de que la norma haga referencia al "daño" derivado del incumplimiento de las obligaciones de dar suma de dinero, en realidad

de su contenido integral no se delinea una disciplina estrictamente resarcitoria, sino que más bien pone a cargo del deudor una medida legal de los "intereses" que prescinde de la existencia efectiva de los daños y perfecciona una sanción de estructura obligatoria con función penal: la obligación penal (o penalidad) de orden legal de los intereses moratorios (MAZZARESE, p. 234). Por el solo hecho de no haber recibido la suma dineraria en el momento previsto para ello, el legislador presume que se le han causado daños al acreedor (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ p. 585).

En este orden de ideas, la regla establecida en esta norma, según se deduce de su contenido, tiene como objetivo establecer una liquidación a *forfait* –invariable, preestablecida o tasada– de los daños conectados a la mora del deudor en una obligación dineraria, es decir, aquella cuyo contenido está caracterizado por la entrega, o circulación, de una suma de dinero, dejando, sin embargo, abierta la posibilidad de que se demuestre la existencia de un daño ulterior, previamente pactado. Esta regla encuentra su origen en la doctrina francesa, particularmente en la doctrina de Pothier (ASCARELLI, pp. 556 y ss.), anteriores inclusive a la admisión expresa de la licitud de los intereses en la legislación de dicho país, afincadas en la idea de que como los diferentes daños que pueden resultar del retardo del cumplimiento de esta especie de obligación (pecuniaria-dineraria) varían al infinito, y que es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario *reglarlos* como por una especie de tanto alzado, a un tanto fijo (POTHIER, p. 100). Las consecuencias lógicas de esta premisa conceptual se tendrían en la irrelevancia de la magnitud del daño patrimonial o extrapatrimonial causado, así como de los factores atributivos de responsabilidad, dolo o culpa (atendiendo a la graduación del daño), lo que, no obstante, atendiendo al principio de resarcimiento integral del daño, no han sido recogidas absolutamente por nuestro ordenamiento, al permitir al acreedor perjudicado, como ya se ha dicho, y siempre que se apoye en un pacto previo, que demuestre haber sufrido un daño ulterior, es decir, más allá de lo que le corresponde a título de intereses, pactados o legales, según sea el caso.

La doctrina europea, italiana y española, ha recalcado la necesidad de la regla bajo comentario, tomada en varias legislaciones euro-continentales, desde el punto de vista del tráfico mercantil, sustentándola en la importancia singular de las obligaciones pecuniarias; basada en su sensibilidad especial ante los principios del orden público económico y sus variaciones, pero sobretodo en que el dinero, punto de referencia distintivo, tiene una función trascendental en nuestra sociedad, económica y jurídica, ya que este sirve como unidad de medida de valor, como un módulo para establecer el valor de las cosas, bienes o servicios (materia social), y como instrumento de intercambio, destacándose la posibilidad de adquisición que el dinero confiere a su titular (VATTIER FUENZALIDA pp. 41 y ss.); por lo que ante su eventual incumplimiento, la indemnización pertinente debe de plasmarse en una cantidad de dinero inmediatamente cuantificable a través de los intereses correspondientes, propendiendo al establecimiento *ex lege* de un criterio anticipado de liquidación del daño.

Es una constante en la doctrina que el daño que sufre el acreedor de una obligación pecuniaria incumplida consiste en no haber dispuesto del capital y no haberse, en consecuencia, beneficiado de sus frutos, que deben consistir en el interés que dicho capital hubiera podido devengar (DÍEZ-PICAZO p. 636 y ss.), sentándose el principio de que la falta de pago de una cantidad de dinero siempre produce un daño, aunque sea mínimo, el que se concreta en los frutos que se han dejado de percibir, es decir, los intereses del dinero. Esta opinión guarda coherencia en tanto no se niegue la posibilidad de que el acreedor lesionado por el incumplimiento, pueda solicitar una mayor indemnización a la *forfetariamente* establecida si demuestra que el daño que se le ha irrogado es mayor que el que cubre el interés legal del

dinero. Entonces, el problema que tenemos en el artículo comentado está en la posibilidad de que, aún no habiéndose pactado el daño ulterior, se pueda demostrar la existencia de un daño mayor a la liquidación de los intereses correspondientes.

La solución, en nuestro parecer pasa por interpretar que los intereses moratorios corren automáticamente *sin necesidad de que el acreedor pruebe daño alguno*, haciéndolos independientes del perjuicio irrogado (daño), lo que no excluye que, en la realidad, el acreedor pueda efectuar dicha probanza; a tal punto de que si efectivizado ello, y, si el daño generado supera el monto del interés establecido, se pueda lógicamente exigir el monto indemnizatorio total, atendiendo a la diversa función (no necesariamente resarcitoria) que tienen los intereses y a que no existe prohibición al respecto.

En tal lineamiento, habría que interpretar el segundo párrafo del artículo comentado tiene un carácter accidental, es decir, supeditando su aplicación al hecho de que exista pacto por el daño ulterior, en cuyo caso, debe de probarse este; lo que ciertamente no quita que, aplicando la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 1969° del Código Civil, el acreedor pueda probar y obtener la indemnización correspondiente más allá de los intereses que se devenguen en el supuesto específico.

Un tema que guarda relación con el anterior es la presunción de que el interés "automático" que se devenga ante la mora, es el interés legal, cuya tasa viene fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, la que puede ser contradicha en el caso de que se deban, *anticipadamente* a la situación moratoria, intereses mayores (de índole compensatoria); en cuyo caso, se tendrán estos, en lugar de los legales, en cuenta para la liquidación pertinente de los intereses moratorios, que son a los que se refiere el artículo, siempre y cuando no contravengan el mandato contenido en el artículo 1243 del Código Civil, en lo que concierne a los intereses compensatorios. Cabe, por demás, acotar que en el caso de que se deban intereses menores a los legales, antes de la mora, serán estos últimos los que rijan dada la tutela del interés del acreedor en la norma analizada. Es obvio que, el pacto expreso (específico) para la tasa aplicable a los intereses moratorios, sea mayor o menor a la legal, tiene prevalencia, salvo cuando supere la tasa máxima de interés convencional moratorio fijada también por el Banco Central de Reserva del Perú (art. 1243 C.C.), ante lo cual cabe la devolución o la imputación al capital, a "voluntad" (mejor sería determinación) del deudor. Se tiene que la norma contiene una norma de carácter netamente dispositivo en torno a los daños acerca de la "reparación" de los daños causados por el incumplimiento de una obligación pecuniaria.

Es casi unánime que esta norma contiene un *privilegio* para el acreedor, al eximirse de la carga probatoria de un eventual daño *mínimo* y al darle la posibilidad de probar una mayor cuantía dañosa, de lo que se deduce que no cabe que dicho monto indemnizatorio *mínimo*, pueda ser destruido por el deudor, es decir, este no podrá ni siquiera probar que el acreedor no sufrió daño a efectos de liberarse de los intereses legales. Por ende se concluye que nos encontramos frente a una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario, solo con respecto al monto indemnizatorio mínimo (los intereses), el que no puede ser rebajado, y que no obstaculiza la posibilidad, como en cualquier otro tipo de obligación incumplida, de probar un daño mayor.

Exigencia evidente para proceder de acuerdo al mecanismo descrito, es que el deudor se encuentre constituido en mora, sea por interpelación o en forma automática. La importancia de la constitución en mora, en este caso, se ve claramente si se tiene en cuenta que el devengo de los intereses moratorios comienza automáticamente desde ese momento, en otras palabras, desde el mismo instante que se considera al deudor responsable jurídicamente

de la falta de cumplimiento, negándose trascendencia jurídica a los simples retrasos (DIEZ PICAZO-GIMENEZ, p. 688).

DOCTRINA

ASCARELLI, Tulio Delle obbligazioni pecuniarie (arts. 1277-1284) en Commentario al Codice Civile a cura de Scialoja e Branca, libro quarto, Obbligazioni, Edizioni Zanichelli, Bologna – Roma, 1963; BARASSI, Ludovico La teoria generale delle obbligazioni Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1948; BARBERO, Doménico Sistema del derecho privado, traducción de Santiago Sentís Melendo Ediciones Jurídicas Europa América (E.J.E.A), Buenos Aires, 1967, T. III; BETTI, Emilio Teoría general de las obligaciones, traducción de José Luis De los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; BIANCA, Massimo Diritto Civile L'obbligazione Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1987, vol. IV; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo Derecho civil Universidad Externado de Colombia, Santa Fé de Bogotá, 1992; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto Breve Commentario al Codice Civile Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1990; DÍEZ-PICAZO Luis Fundamentos del derecho civil patrimonial, segunda edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983; DI MAJO, Adolfo Dell'adempimento in generale (arts. 1177-1200) en Commentario al Codice Civile a cura de Scialoja e Branca, libro quarto, Obbligazioni, Edizioni Zanichelli, Bologna – Roma, 1994; FRANCESCHETTI, Paolo Obbligazioni e responsabilitá civile Edizioni Simone, Verona, 1996, ENNECCERUS, Ludwig KIPP, Theodor y WOLFF, Martin Tratado de derecho civil, traducción y notas de Pérez Gonzáles y Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979; GABRIELLI, Enrico "Clausole penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale" en Rassegna di diritto civile, publicaciones de la Scuola di perfezionamento in diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), Napoli, 1984; GIORGIANNI, Michele L'inadempimento, Dott. A. Giuffré Editore, terza edizione, Milano, 1975; MARINI, Annibale La clausola penale, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1979; MAZZARESE, Silvio. "Clausola penale (Artt. 1382-1384)" en Il Codice Civile. Commentario fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco Donato Busnelli, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999; MESSINEO, Francesco Manual de derecho civil y comercial Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1979, T. VII; MICCIO, Renato Delle obbligazioni in generale (Artt. 1173-1320), terza edizione ampliata e aggiornata, Unione Tipografico -Editrice Torinese (UTET), Torino, 1982; NATOLI, Ugo L'attuazione del rapporto obbligatorio en Trattato di diritto civile e commerciale, fundado por los profesores Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuado por Luigi Mengoni, y ahora dirigido por Piero Schlesinger, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1974, vol. XVI, t. 2; NICOLO, Rosario L'adempimento dell'obbligo altrui Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1936; Id. voz "Adempimento" en Enciclopedia del Diritto, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1958, t. I, pp. 548 y ss.; POTHIER, Robert Joseph Traité des obligations, Ed. Oeuvres, 9a ed. t. I, París, 1825; RESCIGNO, Pietro Manuale del diritto privato italiano Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1997; ROPPO, Vincenzo Il contratto en Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2001; SANTORO PASSARELLI, Francesco Dottrine generali del diritto civile, nona edizione (ristampa), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2012; VISINTINI, Giovanna L'inadempimento delle obbligazioni en Obbligazioni e contratti di Rodolfo Sacco, tomo primo, Trattato di diritto privato dirigido por Pietro Rescigno, Unione Tipografico Editrice Torinese (UTET), Torino, 1988.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Los intereses en la inejecución de las obligaciones dinerarias

Ante la existencia de una obligación dineraria esta genera intereses y conforme al artículo 1324 del Código Civil, es procedente el pago de los intereses legales, por ello, existiendo una sentencia que ordena el pago de una indemnización a favor de la demandante, nace la obligación de dar suma de dinero que debe ser pagada a su favor por concepto de intereses legales; siendo así, del sustento esgrimido por el impugnante no se advierte la incidencia directa de la infracción denunciada ***(Cas. N° 1721-2011-La Libertad).***

El artículo 1324 y la constitución en mora

{E}l artículo 1324 del Código Civil está relacionado directamente con el artículo 1333 que regula la incurrencia en mora del obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación; por lo que resulta

pertinente señalar que, existe doctrina jurisprudencial establecida por esta Sala Suprema como la recaída en la Casación Previsional Nº 1834-2005 de fecha quince de agosto de dos mil seis, así como reiterada y uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional que concuerda en la procedencia del pago de intereses legales de las pensiones devengadas cuando no han sido abonadas en su oportunidad; en consecuencia, basta el incumplimiento de la obligación por parte del demandado para que proceda el pago de los intereses desde dicha fecha, no siendo necesario la incurrencia en mora del obligado; por lo que la norma cuya aplicación se solicita en esta segunda causal no incide directamente en el presente proceso, debiendo declararse infundada (Cas. Nº 6099-2008-Huaura).

Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por tercero

Artículo 1325.- ***El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario.***

Concordancias:
C.C. arts. 1222, 1321, 1766

CARLOS MISPIRETA GÁLVEZ

1. Aspectos generales

Este artículo recoge la atribución de responsabilidad del obligado (el deudor) en caso se sirva de un tercero para cumplir una obligación que asumió frente a su acreedor, causando daños a este último en la ejecución de la prestación (o con motivo de la ejecución de la misma). Vale la pena señalar que la norma transcrita única y exclusivamente debe aplicarse en caso el dañado haya sido el acreedor, pues en caso el sujeto que sufrió los daños haya sido un tercero, este cuenta con la vía extraobligacional para demandar el resarcimiento de los daños producidos.

Así, debe quedar claro que entre el deudor y el acreedor y entre este y el tercero que auxilia al deudor en el cumplimiento de su obligación existen vínculos jurídicos diferentes con motivo de la asunción de responsabilidad. En caso se produzca una situación patológica en el cumplimiento de la obligación (sea un incumplimiento o un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso), el deudor responderá con motivo del vínculo obligacional que lo une al acreedor, lo cual no sucede cuando el acreedor dañado accione contra el tercero, en cuyo caso el reclamo no se basa en una obligación preexistente, sino en el genérico deber de indemnizar los daños causados fuera del ámbito de las prestaciones comprometidas.

Ahora bien, el fundamento que un gran sector de la doctrina moderna le ha dado a este precepto es el de servir para atribuir responsabilidad a aquel que se beneficia por el ejercicio de una actividad; sin embargo, consideramos que este argumento, si bien verificable en muchas ocasiones, no responde a la verdadera razón que subyace en la norma, pues no en todos los casos las actividades que realiza el deudor de una obligación conllevan beneficios para este que constituyan una "garantía de resarcimiento", a pesar de que con las actividades que desarrolla pueda satisfacer ciertos intereses. Más bien, somos de la opinión de que el argumento que verdaderamente constituye la *ratio* de la norma (o que debiera constituirlo), es el que pone énfasis en que debe asumir la responsabilidad por los daños que puede producir un tercero, el deudor que inserta la participación de aquel en el cumplimiento de la obligación; es decir, quien genera o inserta ese riesgo será quien debe responder por los perjuicios causados, ya que es el que crea la ocasionalidad necesaria para la producción de un daño.

2. El factor atributivo de responsabilidad

Resulta interesante en este punto determinar cuál es el factor atributivo por el cual deben responder tanto el deudor como el tercero del cual se vale frente al acreedor dañado. Ello sin perjuicio de recalcar que –como ya se dijo– únicamente la responsabilidad del deudor es de carácter obligacional; la que asume el tercero frente al acreedor escapa totalmente al ámbito del referido vínculo jurídico y en ese caso deben aplicarse las reglas que correspondan según su naturaleza.

En nuestros días, han quedado rezagadas posiciones como las que atribuían responsabilidad al deudor con base en la culpa *(in vigilnado o in eligendo),* creando ficciones forzadas para justificar la carga del resarcimiento por parte del obligado. Modernamente existe consenso entre los autores al calificar la responsabilidad del deudor, en casos de daños producidos por terceros que los auxilian, como uno de los supuestos de responsabilidad objetiva, ello por cuanto es la propia norma la que le imputa responsabilidad al deudor sin que sea necesaria una evaluación de su conducta: Se le carga con la responsabilidad no por un hecho propio, sino por los actos y/o los riesgos que implican la participación del tercero que está bajo su dependencia.

Por otra parte, el factor de atribución que se puede imputar al tercero que auxilia al deudor puede ser subjetivo, en caso se evalúe la intencionalidad o culpa con la que actuó, u objetivo, en caso no se tenga en cuenta la intencionalidad o culpa del agente. Vale la pena recordar que únicamente en el primer caso interesa si quien produce un daño lo hizo a título de culpa o de dolo; en el segundo, el agente pudo haber causado daños a través de una actividad o de un bien riesgoso o peligroso, en los términos del artículo 1970 del Código Civil, o puede ser una norma legal la que le atribuye responsabilidad. Por tal razón, consideramos que el legislador se equivocó al anotar en el artículo 1325 del Código Civil que el deudor "responde de los hechos dolosos o culposos de estos", pues esta redacción podría generar interpretaciones restrictivas e inadecuadas del mencionado dispositivo legal. Creemos que hubiera sido mejor que simplemente se establezca: "El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, *responderá por los daños que estos ocasionen* (...)".

3. La responsabilidad del deudor y del tercero frente al dañado

Para introducir al lector en esta parte de nuestro comentario, queremos plantear el siguiente ejemplo: usted desea remodelar sus oficinas. Para ello, contrata los servicios de un ingeniero muy prestigioso a quien le comunica cuál es el resultado que espera sobre la obra. Ante esta situación, temporalmente se traslada a otro inmueble por el que debe pagar una renta bastante alta. El ingeniero, para realizar su labor, subcontrata los servicios de un arquitecto a efectos de que diseñe la nueva distribución y estructura de las oficinas. Sin embargo, posteriormente y sin ningún motivo, el arquitecto se niega a cumplir con la prestación a su cargo, razón por la cual el ingeniero contratado tampoco pudo entregar la obra que se le encargó en el plazo pactado. Ante dicha situación, ¿a quién puede usted demandar la indemnización por los daños que se le han ocasionado?

En aplicación del artículo 1325 del Código Civil, la demanda de indemnización de daños, en el ejemplo propuesto, tendría que dirigirse únicamente contra el ingeniero a quien se contrató para que realice la obra de remodelación, salvo que por la vía extracontractual se demande al arquitecto (que actúa como tercero auxiliar), en aplicación del artículo 1969 del Código Civil, por ser el autor directo de los daños que se le han ocasionado.

Sin embargo, la situación sería diferente en el caso de la responsabilidad extraobligacional, ya que dentro de ese ámbito es de aplicación el artículo 1981 del Código Civil, referido al deber de resarcimiento del principal respecto a los actos de sus subordinados. En efecto, según dicha norma, quien se vale de un tercero para realizar una actividad, responde de manera solidaria con este por los daños producidos; es decir, la víctima puede demandar por el íntegro del resarcimiento tanto al principal como al subordinado.

Como puede verse, existe un tratamiento dispar entre la responsabilidad obligacional (mal llamada contractual) y la responsabilidad extraobligacional (mal llamada extracontractual)

del deudor y del tercero frente a la víctima de los daños. Así es, el legislador que elaboró el comentado artículo 1325 no otorgó al acreedor dañado la facultad de demandar, a la vez y por el íntegro, tanto al deudor como al tercero del cual decidió valerse para ejecutar su prestación, teniendo en cuenta que la finalidad principal del sistema de responsabilidad civil es la reparación integral de la víctima; vale decir, dejarla –en la medida de lo posible– en la misma situación en la que se encontraba antes del evento lesivo. Ello sin contar con la tendencia unificadora que ha llevado a que un gran sector de la doctrina se muestre a favor de la fusión de los sistemas de responsabilidad civil, o que surjan teorías como la de la opción (que permite a la víctima decidir el sistema legislativo aplicable para la cobertura de los daños) o la del cúmulo (que permite a la víctima escoger cada ítem legislativo según lo que más le convenga).

En efecto, por los argumentos antes expuestos, desde nuestro punto de vista, se ha recortado la posibilidad de que el acreedor cuente con una mayor garantía de resarcimiento y de que el cobro por dicho concepto pueda ser más eficiente, en caso se le produzcan daños como consecuencia de la inejecución de la obligación o de su ejecución parcial, tardía o defectuosa.

A pesar de lo dicho, nuestros jueces han venido aplicando en reiteradas ocasiones (al parecer, de manera inconsciente) el artículo 1981 del Código Civil, solidarizando la responsabilidad, sin tomar en cuenta que la acción judicial se interpuso contra el deudor, esto es, en casos en que se debió aplicar el artículo 1325 del mismo texto legal. Sin embargo, este criterio resulta a todas luces inadecuado, pues una norma que establece la solidaridad de la obligación no puede ser aplicada de manera extensiva; hay que recordar que el artículo 1183 del Código Civil dispone que la solidaridad surge únicamente del pacto entre las partes o de la ley.

4. El vínculo entre el deudor y el tercero auxiliar

En este caso, la idea del tercero que colabora para la realización de la prestación comprometida entre el deudor y el acreedor, no debe constreñirse necesariamente a un vínculo de dependencia o subordinación, entendido en un sentido restrictivo en el que el principal tiene la posibilidad de decidir las actividades que realizará el tercero sin que este tenga mayor grado decisorio, sino que debe entenderse como "tercero" a todo aquel del cual se sirve el deudor para ejecutar su obligación, más allá del vínculo jurídico que pueda existir entre ellos o del grado decisorio con el que cuente el auxiliar para el ejercicio de las actividades que realiza por encargo del deudor, colaborando con el cumplimiento de la obligación.

En palabras de Jordano Fraga "a los efectos de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares se consideran como tales no solo los dependientes o subordinados del deudor, sino cualquier persona (incluidos empresarios autónomos) de cuya actividad este se sirva para la realización del cumplimiento, no como simple presupuesto fáctico del mismo, sino funcionalizándola al cumplimiento de una concreta obligación respecto del cual aquella actividad es instrumental. Lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar (que puede ser o no de dependencia), sino que aquel utilice a este para la ejecución de la relación obligatoria" (FRAGA, p. 564).

5. El pacto en contrario

Como puede apreciarse en la última parte de la norma materia de comentario, el acreedor y el deudor válidamente pueden convenir que este último no responda por los daños que haya podido producir el tercero auxiliar en el ejercicio del encargo o con ocasión de su cumplimiento.

Siendo así, el acreedor que sufrió el perjuicio únicamente tendría la vía extraobligacional para demandar al tercero el resarcimiento por el menoscabo que ha sufrido, aplicando, en términos generales, los artículos 1969 o 1970 del Código Civil, pues ha sido él, en su calidad de titular de los derechos de exigir el cumplimiento de la prestación y de requerir el resarcimiento en caso se le cause algún perjuicio, quien renunció de antemano y por un acuerdo con el deudor, a la posibilidad de requerir a este último, que es quien genera la ocasionalidad necesaria para la producción del evento lesivo, el resarcimiento por los daños que puedan producir los terceros de los cuales se vale para cumplir con sus obligaciones.

DOCTRINA

ALPA, Guido, Responsabilidad Civil y Daño, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; DE TRAZEG-NIES, Fernando, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo I, Fondo Editorial de la PUCP, 5ª edición, Lima, 1995; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, 2ª edición, Lima, 2003; JORDANO FRAGA, Francisco, La Responsabilidad Contractual, Editorial Civitas, Madrid, 1987.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Daños causados por el dependiente que presta servicios

{S}i la trabajadora de la empresa demandada produce los daños estando prestando los servicios a esta última, debe ser aplicado el artículo 1325 del Código Civil, por cuanto, lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar (que puede ser o no dependencia), sino que aquella utilice a este para la ejecución de la relación obligatoria (**Cas. Nº 4147-2010-Lima**).

Responsabilidad por deudor que ejecutó indebidamente su prestación por medio de un tercero

{S}e tiene que es de aplicación el artículo 1325 del Código Civil. que regula la responsabilidad en obligaciones ejecutadas por terceros: siendo en este caso responsables la Empresa Prestaciones de Servicios Ana Gonzáles y J.J.C. Contratistas Generales Sociedad Anónima, pues tal como lo ha reconocido el propio chofer en su contestación de demanda obrante a fojas ciento veinte, él era el conductor del vehículo siniestrado y que trabajaba subordinado a la Empresa Prestaciones de Servicios Ana Gonzáles pero prestando un servicio directo a los intereses de la empresa J.J.C. Contratistas Generales (**Cas. Nº 107-2004-Tacna**).

Concurrencia del acreedor en la producción del daño

Artículo 1326.- ***Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.***

Concordancias:
C.C. arts. 1318, 1319, 1320, 1973

CARLOS MISPIRETA GÁLVEZ

1. La concurrencia de causas

Antes de tocar la idea de lo que significa la concurrencia de causas, de manera muy sucinta diremos que la causa de un evento que conlleva el deber de resarcir, está constituida por aquel nexo que vincula al daño producido con la actuación del agente. Adicionalmente, añadiremos que la doctrina nacional ha recogido la teoría de la causalidad adecuada para determinar si se debe responder o no dentro del ámbito civil. La referida teoría se sustenta en el análisis de lo que sucedería dentro del curso normal y ordinario de las cosas, esto es, cuando un "individuo promedio" (estándar que debe determinar finalmente el juez), por su experiencia de vida, puede saber que sus actos aumentan la probabilidad de generar la producción de un daño o puede tener la certeza de ello, estaremos ante la existencia de un vínculo causal que puede determinar la responsabilidad del agente.

Teniendo en claro ello, podemos afirmar que se produce la concurrencia de vínculos causales (concausa) cuando son múltiples los eventos que son determinantes para la producción de un daño. Así, el daño no se produce por una única causa, sino que una pluralidad de ellas confluye en el momento en que se produce un resultado lesivo y son determinantes para que este ocurra, con lo cual el perjuicio causado no puede imputarse a un solo responsable.

Ahora bien, la concurrencia causal puede manifestarse en diversas maneras; estamos ante concurrencia de causas cuando el agente cuya responsabilidad se analiza ha participado en un evento lesivo conjuntamente con uno o varios terceros (por ejemplo, en el caso de la coautoría, recogida en el ámbito extraobligacional en el artículo 1983 del Código Civil), con un evento que califique como caso fortuito (por ejemplo, un desastre natural imprevisible e irresistible en los términos del artículo 1315 del Código Civil) o con un hecho que origina la propia víctima del daño. Esta última situación es la que recoge el artículo 1326 del Código Civil que es materia de comentario.

En este punto debemos hacer la misma salvedad que cuando comentamos el artículo 1325 del Código Civil, ya que el legislador mal ha hecho al restringir el factor de atribución con el que debe actuar el acreedor que genera el hecho concurrente en la producción del daño, ya que únicamente se refiere a los hechos dolosos o culposos de aquel; es decir, pareciera que solo debe analizarse la conducta del acreedor a efectos de determinar si debe asumir parte de la responsabilidad por los perjuicios que se le han causado. Ello no es así, pues también cabe la posibilidad de que el acreedor en el ejercicio de una actividad peligrosa o por el uso de un bien riesgoso contribuya con el resultado dañino, o que, simplemente, la norma sancione su responsabilidad. Vale afirmar, entonces, que el factor de atribución con el que se califica al acreedor concurrente puede ser de carácter subjetivo (se tiene en cuenta la intencionalidad o la negligencia del agente) u objetivo (cuando no se hace una evaluación de la conducta del agente).

2. Reducción del resarcimiento

La concurrencia de causas es, en efecto, uno de los criterios con los que cuentan los magistrados para determinar en qué grado es imputable a un agente el deber de resarcimiento y, con ello, en qué porcentaje debe asumir el pago del *quantum* indemnizatorio, ya que sobre la base de la determinación judicial del grado de influencia que puede haber tenido un evento en la producción de un daño, el juzgador deberá decidir que aquel que lo produjo responda en determinada medida. El profesor italiano Guido Alpa lo expresa también al afirmar que: "La ecuación causalidad parcial = responsabilidad parcial se aplica también en el caso de concurso de culpa de la víctima y de concurso de más causas a la creación del daño" (ALPA, p. 331).

Trasladando lo dicho a la norma que es materia de comentario, debemos decir que cuando el propio acreedor haya contribuido con el deudor (o con cualquier tercero del cual este se valga, de conformidad con lo establecido en el artículo 1325 del Código Civil) a que se le cause un perjuicio por el incumplimiento de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, el deber de resarcimiento del deudor se verá reducido en la proporción en que haya participado el acreedor en la producción del daño.

DOCTRINA

ALPA, Guido, Responsabilidad Civil y Daño, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; DE TRAZEGNIES, Fernando, La Responsabilidad Extracontractual, Tomo I, Fondo Editorial de la PUCP, 5ª Edición, Lima, 1995; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, 2ª edición, Lima, 2003.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Disminución del monto resarcitorio por contribución al daño

{L}a Sala Superior establece que el accidente de trabajo se produjo debido a que doña Yovana Saucedo Martínez –compañera de trabajo de la demandante– en forma circunstancial se apoyó en el control de mando de la maquina lavadora. En ese orden de ideas fluye que la conducta que desencadenó los hechos fue la realizada por un tercero, doña Yovana Saucedo Martínez, y no por la accionante. De lo expuesto en los considerandos precedentes (...), pese a que la demanda se encuentra referida a una indemnización por daños y perjuicios incoada contra el centro hospitalario habiéndose establecido además la responsabilidad de la citada emplazada en el accidente y la participación circunstancial de doña Y. S. M. en los hechos acaecidos, la Sala Superior indebidamente ha considerado que la suma establecida por la demandada debe ser reducida en observancia del artículo 1326 del Código Civil, esto es, al considerar erróneamente a la demandante como la persona cuya conducta desencadenó los hechos, lo cual resulta inexacto conforme a lo anotado ***(Cas. N° 3019-2009-Piura).***

Contribución del acreedor en la producción del daño genera disminución del resarcimiento

{S}i bien se ha acreditado el actuar negligente de los emplazados en la correcta distribución del recurso hídrico, el resarcimiento debe fijarse de manera reducida en aplicación de lo previsto en el artículo 1326 del Código Civil, que legisla respecto a la concurrencia del dolo o culpa del acreedor, por cuanto (...) existe cierta responsabilidad por parte del accionante en los daños originados al no haber respetado las fechas del inicio y término de siembra y trasplante de arroz (...) ***(Cas. N° 2686-2007-Piura).***

Liberación del resarcimiento

Artículo 1327.- ***El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.***

Concordancias:
C.C. art. 1314

JORGE BELTRÁN PACHECO

El presente artículo se refiere a un supuesto en el que no es posible pretender el resarcimiento de un daño, al existir un menoscabo producido por el propio actuar de la víctima (el acreedor), que puede ser por no haber ejecutado esta sus cargas de forma diligente, como resultaría en caso que el acreedor señala como lugar de entrega de un auto comprado uno distinto al que corresponde al domicilio del deudor o ubicación del bien vendido; en tal situación, si en dicho lugar el auto es averiado o robado, el deudor considerará que el acreedor asume el riesgo de dicha consecuencia por no actuar de forma diligente en la evaluación de la peligrosidad de la zona de entrega.

¿Cuándo asume responsabilidad el deudor? Cuando el bien se pierde por su culpa (falta de diligencia) o dolo (intencionalidad). En el presente caso, el hecho o evento dañoso se produjo por una causa atribuible al acreedor, quien tiene en su situación jurídica no solo situaciones de ventaja sino además situaciones de desventaja como son las cargas[1].

Un acercamiento a la regulación de las cargas en nuestro Código Civil lo tenemos en el artículo 1338: "El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación". Esta última expresión es la que alude a las cargas: "actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación"; así, por ejemplo, si una persona contrata a un sastre para que le confeccione un terno tendrá la carga de tomarse las medidas y probarse el corte cuando lo requiera el sastre, para así evitar cualquier insatisfacción del propio acreedor. También, por ejemplo, si una empresa contrata los servicios de un practicante tendrá que instruirlo para evitar cualquier problema en el desarrollo de la labor encomendada.

En estos casos, si el acreedor no realiza dichas conductas de forma diligente (es decir, según los cuidados promedios de los sujetos que acceden a tal servicio o producto), asumirá las consecuencias de su actuar.

La presente situación jurídica también se encuentra prevista en normas referidas a los consumidores, así en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, se establece que el consumidor debe ser cuidadoso e informarse de forma adecuada evaluando su decisión de consumo; así, por ejemplo, si un sujeto firma un compromiso sin leer las estipulaciones

(1) Así Natalino IRTI en su obra *Introducción al Derecho Privado*. Editorial Grijley, 2003. Lima, Perú. Traducción efectuada por Rómulo Morales Hervias y Leysser León, nos dice que: "Por un lado, el individuo tiene la posibilidad de producir ciertos efectos jurídicos; por otro lado, empero, se encuentra en la necesidad de aportar medios idóneos para el fin previamente elegido. Las normas instrumentales atribuyen un poder al sujeto, pero enuncian juntas los procedimientos de ejercicio del poder conferido, e imponen al titular adecuar al acto el esquema forjado por el legislador. El poder trae consigo una necesidad de adecuación, que se expresa, justamente, en la categoría de la carga". Ver también Salvatore ROMANO, "Ordinamento...". IRTI, Natalino Due saggi, cit, pp.51-121, sobre: "La perfección de los actos jurídicos y el concepto de carga".

contractuales, asumirá las consecuencias de su descuido, tal como sucede con algunas tarjetas de crédito u operaciones financieras.

La liberación de responsabilidad del deudor se sustenta en la presente norma en la denominada "ruptura causal", puesto que se presumirá ante la imposibilidad de cumplimiento que el sujeto deudor inejecutó su prestación por culpa leve y por tanto que el hecho o evento dañoso fue el actuar del sujeto pasivo, pero de demostrarse la "falta de diligencia" del acreedor entonces se entenderá que la causa del daño fue el propio comportamiento del sujeto activo de la relación obligatoria, lo que genera una "suerte de consolidación o confusión" (el mismo sujeto es el deudor y acreedor de la prestación indemnizatoria).

En la parte final del artículo se hace referencia a un pacto contrario, que se refiere a la "asunción del riesgo por parte del deudor", en donde cualquiera sea la causa será de responsabilidad del deudor. Si bien el propio ordenamiento jurídico permite ello, nos parece que es indispensable efectuar una lectura sistemática con el artículo 1328 del Código Civil que establece: "Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga". Si bien es cierto el presente artículo se refiere al deudor debemos evaluar su posible aplicación para los casos de los daños ocasionados por el propio acreedor a sus intereses. Nos parece que si el sujeto acreedor no cumple con sus cargas, debe soportar las consecuencias de su actuar y no sería justa la exclusión de su responsabilidad, más si la pérdida de la prestación se deba a una conducta dolosa o negligente grave de este.

Se podría afirmar que el daño se produjo a los intereses del propio acreedor, pero no obstante ser correcta dicha apreciación, la consecuencia de un pacto en contrario nos llevaría a la siguiente situación (a nuestro entender, ineficiente):

> "Si el acreedor actúa con dolo o negligencia grave y genera un daño a la prestación, lo que afecta sus intereses, entonces el deudor resultará obligado a indemnizar, de existir un pacto".

En el presente caso, el pacto produce una consecuencia distinta a la que existe en el plano material, puesto que el deudor nunca fue el causante del evento dañoso, no obstante es quien soporta el costo económico del daño por propia decisión. Esta consecuencia jurídica la consideramos ineficiente en un país como el nuestro, puesto que puede generar abusos por parte de quienes prestan un servicio u ofrecen un producto de forma masiva y predispuesta, en tanto pueden comprometer al usuario o beneficiario a asumir costos y riesgos que no desean soportar, aprovechando para ello la existencia de los contratos por adhesión[2].

Finalmente, debemos indicar que en nuestro Código Civil existen normas que regulan la responsabilidad del acreedor en caso de negligencia de este y en los que no se establece pacto en contrario:

(2) La presente afirmación podría ser desvirtuada por quienes defienden el libre mercado, indicando que existe para la protección de los intereses de los consumidores tres tipos de tutela: la tutela administrativa mediante el concurso de instituciones como el Indecopi, Osiptel, Osinerg, Sunass, entre otros; la tutela legal, en virtud de la que se declaran nulas las estipulaciones leoninas; y la tutela judicial, que señala que el juez deberá en caso de duda interpretar las reglas a favor del deudor. No obstante, consideramos que la protección en estos casos no ha resultado del todo eficiente, más aún cuando el consumidor no conoce de forma adecuada sus derechos y además resulta ser muy descuidado en la autotutela de sus intereses.

Artículo 1432.- "Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación (...)" (*entiéndase a título de indemnización*).

Del mismo modo:

"Artículo 1138, numeral 3.- Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero este conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere" (*entiéndase a título de indemnización*).

DOCTRINA

IRTI, Natalino. Introducción al Derecho Privado. Editorial Grijley, Lima, 2003. Traducción de Rómulo Morales Hervias y Leysser León Hidalgo.

Nulidad de estipulaciones sobre exoneración y limitación de responsabilidad

Artículo 1328.- *Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga.*

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

Concordancias:
C.C. arts. 219 inc. 7), 1398; LEY 26887 art. 194; LEY 27287 art. 123

MARIO ZÚÑIGA PALOMINO

Muchas veces podemos encontrar, en todo tipo de contratos, estipulaciones en las que una de las partes renuncia a derechos y/o mecanismos de tutela que la ley le otorga en caso su contraparte incumpla con las prestaciones a su cargo, o en las que el acreedor no se haga responsable por determinados hechos que puedan afectar el normal desarrollo de la relación obligatoria. Así, por ejemplo, no es inusual que una de las partes renuncie a su potestad de resolver el contrato por incumplimiento, a ejercer la denominada *exceptio non adimpleti contractus* o "excepción de incumplimiento", o incluso a recurrir a mecanismos judiciales de tutela. En el presente comentario nos ocuparemos en particular de aquellas estipulaciones que **excluyen** la responsabilidad del acreedor en casos en los que este incurrió en dolo o culpa inexcusable, proscritas por el artículo 1328 del Código Civil.

En primer lugar, analizaremos el artículo materia de análisis desde el punto de vista exegético, a fin de indagar sobre sus antecedentes, fundamentos y alcances. En segundo lugar, realizaremos un análisis crítico de este, a fin de plantear, de ser el caso, los vacíos, defectos y/o problemas de aplicación práctica de los que la norma pueda adolecer.

1. Análisis exegético

El artículo bajo comentario sanciona con nulidad todo pacto en virtud del cual el acreedor libera de responsabilidad al deudor por el incumplimiento por dolo o culpa inexcusable de sus obligaciones (*contrario sensu*, cabe la posibilidad de excluir la responsabilidad en casos en los que el acreedor haya incumplido por culpa leve).

Las exonerativas de responsabilidad (así como las limitativas) tienen origen luego de la Revolución Industrial, ya que la masificación de los contratos hizo que los empresarios idearan mecanismos para reducir sus riesgos (KEMELMAJER). Como consecuencia de ello, diversos ordenamientos jurídicos incorporaron la prohibición materia de análisis. El artículo 1328 encuentra diversos antecedentes en la legislación comparada: el artículo 1229 del Código Civil italiano de 1942, 1137 del Código Civil francés; 276, segundo párrafo del Código Civil alemán, solo por nombrar las principales fuentes del Código Civil peruano. Asimismo, el artículo 1321 del Código Civil de 1936 consagraba idéntico precepto.

El precepto materia de comentario tiene un claro fundamento en lo que respecta al **dolo** (entendido aquí como **intención**). En palabras de Osterling, "sería inadmisible que el deudor que deliberadamente incumple su obligación quede exento de responsabilidad, no solo por evidentes razones morales, sino porque jurídicamente la obligación carecería de sentido, pues el deudor tendría la facultad, a su arbitrio, de cumplir o incumplir el contrato".

Monateri hace referencia también, como fundamento de la regla, al "principio de corrección y buena fe contractual".

La regla se extiende a la **culpa inexcusable**, entendida en los términos de nuestro Código Civil –términos de los que discrepamos, pero que no compete aquí criticar– como la **omisión de la mínima diligencia**, a fin de evitar "que el malvado se haga pasar por imbécil" (OSTERLING).

Esta sanción de nulidad, como es claro, alcanza a este tipo de estipulaciones **solo cuando estas se pactan con anterioridad a la fecha acordada para la ejecución**, pues luego de acaecido el incumplimiento, nada impide que el acreedor condone a su deudor la obligación de pagar la correspondiente indemnización.

La nulidad con la que se sanciona este tipo de estipulaciones, cabe precisarlo, es **absoluta**, y, por lo tanto, de conformidad con lo establecido por el artículo 220 del Código Civil, puede ser declarada de oficio. Asimismo, se trata de una nulidad parcial, es decir, que no afecta el resto de cláusulas del contrato (KEMELMAJER, MONATERI, ESPINOZA, JORDANO).

Asimismo, sobre el ámbito de este tipo de cláusulas es necesario decir que, interpretando *contrario sensu* el artículo materia de comentario, cabe la posibilidad de excluir la responsabilidad en casos en los que el acreedor haya incumplido incurriendo en culpa leve. Esto exceptuando el caso de los contratos por adhesión, en los que se establece la nulidad para todo tipo de cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad. En efecto, el artículo 1398 del Código Civil establece que: "En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato", no diferenciando entre el incumplimiento incurrido por culpa leve, inexcusable o por dolo.

De otro lado, cabe la posibilidad también de pactar cláusulas que agraven la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento, ya sea mediante una cláusula penal o mediante la fijación de estándares de diligencia más exigentes que los legales (la culpa leve y la culpa grave).

Adicionalmente, el segundo párrafo del artículo 1382 señala que, tratándose de pactos que exoneren de responsabilidad contrariando normas imperativas, la prohibición alcanza incluso a los casos en los que el deudor haya incurrido en culpa leve. Creemos que este segundo párrafo no era realmente necesario en la redacción del artículo, ya que un pacto tal sería nulo por tener un fin ilícito, de acuerdo con lo establecido en el artículo 219, numeral 4 del Código Civil.

Cabe mencionar que, toda vez que este tipo de cláusulas implican una **renuncia** de parte del acreedor, **deben interpretarse restrictivamente** (KEMELMAJER).

Finalmente, debemos precisar también que la **carga de la prueba** de la existencia de una cláusula exonerativa de responsabilidad corresponde, como todo hecho extintivo de la obligación, al deudor (MONATERI, KEMELMAJER).

2. Análisis crítico

En primer lugar, es necesario diferenciar las cláusulas que **delimitan** el objeto de la obligación de aquellas que **limitan y/o exoneran** de responsabilidad (KEMELMAJER, ESPINOZA, JORDANO FRAGA, CABELLA PISÚ). Nos explicamos. Las primeras establecen claramente las prestaciones a cargo del deudor, precisando que este no está obligado a determinada prestación que podría estar relacionada con la prestación a su cargo. Es el caso del contrato de seguro, en el que puede pactarse, por ejemplo, que la compañía no responderá si el daño fue causado por un acto de la naturaleza. Este tipo de cláusulas son –desde nuestro punto de vista– perfectamente válidas, ya que simplemente demarcan el ámbito de la obligación, permitiendo que las partes asignen adecuadamente los riesgos del contrato.

Las cláusulas limitativas y/o exonerativas, de otro lado, **circunscriben el alcance de las consecuencias del incumplimiento**. Desde nuestro punto de vista, las cláusulas **limitativas** son perfectamente válidas. Una cláusula limitativa puede establecer un monto máximo de la indemnización por incumplimiento, mecanismo que resulta muy útil para reducir los costos administrativos de probar el daño causado al acreedor por el incumplimiento.

Una cláusula **exonerativa**, sin embargo, exime totalmente de responsabilidad al deudor que incumple su obligación, que es prácticamente lo mismo que obligarlo a nada.

Ahora bien, como ponen de manifiesto Jordano Fraga y Cabella Pisú, es necesario tener mucho cuidado al analizar este tipo de cláusulas, pues no es difícil ocultar bajo la apariencia de una cláusula delimitativa de la obligación o limitativa de responsabilidad lo que en realidad es una cláusula de exoneración de responsabilidad.

En segundo lugar, consideramos necesario referirnos al fundamento del artículo materia de comentario. La gran mayoría de autores que ha escrito sobre las cláusulas exonerativas de responsabilidad hacen referencia a que estas son una especie de las denominadas "cláusulas abusivas" y encuentran el principal fundamento de establecer su nulidad en la necesidad de evitar el abuso de poder de parte de los contratantes más poderosos (CABELLA PISÚ, JORDANO FRAGA, KEMELMAJER). Desde nuestro punto de vista, no sería esta la razón por la cual debe declararse la nulidad de las cláusulas exonerativas de responsabilidad.

El verdadero problema de este tipo de cláusulas, como ya hemos referido, es que son **destructivas del vínculo jurídico entre acreedor y deudor**. Y es que una obligación sin "sanción" (responsabilidad) por incumplimiento simplemente no es una obligación. En efecto, una cláusula exonerativa de responsabilidad no solo incentiva el incumplimiento de un contrato, sino que podría considerarse incluso que impide que este "nazca". Debe notarse, entonces, que la norma materia de comentario mantiene una identidad de principio con el artículo 172 del Código Civil, que establece que "(e)s nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor". Si bien jurídicamente ambas reglas son distintas, obedecen al mismo principio: no hace sentido una regla contractual que pueda ser dejada de lado al mero arbitrio de una de las partes.

El hecho de que una u otra parte de la relación contractual sea más "poderosa" que la otra es algo que no es inusual. En el campo específico de las relaciones de consumo las empresas suelen tener más poder económico que los consumidores (y son las que de hecho tienen información más completa sobre los productos y condiciones que ofrecen). Como ha referido Posner, "cuando se realiza una transacción entre una corporación grande y un individuo ordinario, nos vemos tentados a recurrir a la analogía de la coacción y a comparar al individuo con el hombre indefenso que se ve obligado a firmar un pagaré con una

navaja en la garganta (...) para concluir que los términos del contrato son coercitivos". Sin embargo, ¿es esta preocupación legítima? Y si no, ¿cuándo debe ser una real preocupación para el Derecho de Contratos que una de las partes sea más "poderosa"?

Desde nuestro punto de vista, el mayor poder de un contratante en el mercado solo nos debe preocupar cuando alcance un punto tal que su cocontratante no tenga otra opción que contratar con él. Así, Trebilcock ha señalado que "la real medida del poder de mercado no es si un proveedor presenta sus cláusulas en términos de 'tómelo o déjelo' sino si el consumidor, en caso decida 'dejarlo', tenga disponible un rango razonablemente competitivo de fuentes alternativas de provisión". En efecto, solo cuando el consumidor no tiene otras opciones disponibles es que en verdad el proveedor le puede **imponer** determinadas cláusulas, ya que, de lo contrario, aquel tendrá siempre la opción de acudir a otro proveedor.

Un vendedor, por más poderoso que sea respecto de su contratante, siempre deseará ofrecerles condiciones atractivas a los potenciales compradores a efectos de aumentar sus ventas. Como bien ha señalado Posner, lo importante no es que haya negociación en cada transacción, "sino que la competencia obligue a los vendedores a incluir en sus contratos condiciones que protejan a los consumidores".

DOCTRINA

CABELLA PISÚ, Luciana. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad en Italia tras la adopción de la Directiva europea sobre las cláusulas abusivas. En: Thémis, Revista de Derecho. Segunda Época, Año XV, N° 38. Lima, 1998; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Segunda edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2003; JORDANO FRAGA, Francisco. La Responsabilidad Contractual. Civitas, Madrid, 1987; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Cláusulas referidas a la limitación y a la exclusión de la responsabilidad. En: Idem. Temas modernos de responsabilidad civil. Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Lima, 1991; MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilitá contrattuale e precontrattuale. Utet, Torino, 1998; OSTERLING PARODI, Felipe, con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. Las Obligaciones. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985. pp. 291-469; POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica, México, 1998; TREBILCOCK, M. J. The doctrine of inequality of bargaining power. En: KRONMAN, Anthony T. y POSNER, Richard A. The economics of Contract Law. Little, Brown & Company, Boston, 1979.

JURISPRUDENCIA

Aplicación del artículo 1328 del Código Civil

{E}n cuanto a la denuncia de aplicación indebida, se alega que la norma establecida en el inciso 3 del artículo 22 del Convenio para la Unificación de ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional se ha aplicado en abierta contravención del artículo 1328 del Código Civil. Al respecto, como se ha establecido líneas arriba, de acuerdo a nuestra Constitución Política del Estado, todo tratado –excepto al referido a derechos humanos– tiene rango de Ley, independientemente del instrumento jurídico con que se pone en vigencia en nuestro derecho interno (...). De otro lado, la contradicción o antinomia de las disposiciones antes aludidas, esto es, el inciso 3 del artículo 22 del aludido Convenio, que dispone principalmente, que en el transporte de carga, la responsabilidad del transportista, en caso de destrucción, pérdida se limita a diecisiete derechos especiales de giro por kilogramo y el artículo 1328 del Código Civil que sanciona con nulidad toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, debe solucionarse teniendo en cuenta el principio de especialidad, que privilegia la aplicación de la norma especial frente a la general. Estando a lo expuesto anteriormente, este Colegiado estima que para el presente caso, de responsabilidad civil derivada de un contrato de transporte aéreo internacional, es aplicable las normas especiales establecidas en el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, por ser una regulación de carácter especial, a diferencia del Código Civil, que es una norma general, al caso. Dicha conclusión encuentra su correlato en lo establecido en el artículo 26 del Convenio de Viena que estipula que una parte (país) no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (Cas. N° 1787-2008-Callao).

Presunción de culpa leve del deudor

Artículo 1329.- *Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.*

Concordancias:
C.C. arts. 1320, 1321

JORGE BELTRÁN PACHECO

Antes de iniciar el estudio del presente artículo y la aplicación de la presunción de la culpa leve en la determinación del pago de una indemnización, considero oportuno presentar nuestras ideas sobre lo que entendemos por elementos de la responsabilidad civil.

1. Elementos de la responsabilidad civil

En todo análisis de la responsabilidad civil debemos de tener en consideración la verificación de sus elementos. Estos elementos que se presentan a lo largo de dos etapas de análisis, el análisis material y el análisis de imputabilidad, son: la antijuridicidad, el daño, la relación causal (elementos todos que se desarrollan en el primer momento de análisis) y los factores atributivos de responsabilidad (propios del análisis de imputabilidad de la responsabilidad civil).

En el presente punto realizamos un análisis somero de dichos elementos, los que serán posteriormente desarrollados.

El primer elemento[1] que tenemos que analizar a efectos de determinar la existencia o no de un supuesto de responsabilidad es la **"antijuridicidad"**, la que ha sido desarrollada teóricamente de diversas formas tal como lo establece Peirano Faccio en su texto "La Responsabilidad Civil Extracontractual", así tenemos: a la teoría de la antijuridicidad material que postula que la "antijuridicidad es aquel supuesto dentro del que encontramos a la conducta de un sujeto contraria al ordenamiento jurídico", asimilándose así la conducta antijurídica con la ilicitud (entendida solo como contravención a la ley); de otro lado, tenemos a la teoría de la antijuridicidad formal que entiende a la antijuridicidad como un supuesto que trasciende al supuesto fáctico normativo considerándose como marco a la ley, al orden público y a las buenas costumbres; una tercera teoría es la teoría subjetiva de la antijuridicidad que establece que en el análisis a realizar deben tenerse en cuenta los aspectos internos, personales, del sujeto que realiza la conducta; finalmente, la teoría objetiva de la antijuridicidad establece que el supuesto antijurídico debe ser analizado solo tomando en consideración aspectos materiales del comportamiento (esto es, el resultado)[2] del sujeto, mas no sus aspectos internos.

(1) En la práctica tenemos que el primer elemento que se nos presenta es el daño, pero consideramos que para efectuar una mejor explicación debemos partir del estudio del hecho generador.

(2) Las presentes teorías han perseguido forzar el concepto de "ilicitud" para adecuarlo a otros supuestos ajenos al análisis de la voluntad de las partes (culpa), en la medida (como es el caso italiano) en que reconocen textualmente la existencia del hecho ilícito, que en nuestro ordenamiento no se encuentra plasmado de forma típica (de ahí que consideremos la atipicidad de la ilicitud civil: tal como la establece FRANZONI en Italia en su texto *Il fatto ilicitte*), como sí sucedía en el Código Civil de 1936 el que hacía referencia al "acto ilícito". En esta medida, se establecen dos tipos de ilicitudes: la ilicitud subjetiva en la que interesa el análisis de la conducta del sujeto (culpa) y la "ilicitud objetiva" en la que se analiza solo el aspecto extrínseco del comportamiento del sujeto. Por otro lado, surgió una tendencia encabezada por Renato MICCIO, quien hace referencia a la antijuridicidad (en la medida en que se afecten aspectos extrínsecos de la norma ; y estas sean de carácter imperativo) y a la ilicitud (que implica el análisis de la violación [intencionalidad del sujeto] en la medida en que las normas afectadas sean de carácter permisivo).

Desde nuestro punto de vista vamos a entender a la "antijuridicidad" como "aquella que implica la violación de los elementos extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento jurídico", recogiéndose en esta, desde un primer punto de vista, a los siguientes hechos antijurídicos, como son: los **hechos ilícitos,** los **hechos abusivos** y los **hechos excesivos.**

En este primer elemento surge una posición doctrinaria que sostiene la posibilidad de indemnizar por hechos no antijurídicos, a partir de un replanteamiento teórico realizado en torno al "estado de necesidad", postulando su calificación como "hecho nocivo", tal como lo veremos posteriormente.

El segundo elemento a analizar es el **"daño o *demere"*,** que es entendido como todo **detrimento o menoscabo a un interés** (en el caso del sistema de responsabilidad civil extracontractual, a un interés general de "no verse dañado por nadie" que es el correlato del *alterum non laedere* o "deber jurídico de no causar daño a nadie") **jurídicamente tutelado.** Así De Cupis sostiene:

"Si el derecho tutela un determinado interés humano, este puede ser afectado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico) en tanto contra él apresta el derecho su propia reacción".

Este daño requiere cumplir de ciertos **requisitos** para efectos de su indemnización: un primer requisito es que tenga **certeza** (analizándose dos aspectos de la certeza: una certeza lógica y una certeza fáctica); un segundo requisito es que **no haya sido indemnizado antes,** lo que nos llevará a analizar el Código Procesal Civil en torno a la temática de la cosa juzgada, así como de otras vías de indemnización, como es la vía penal y su relación con la indemnización en el ámbito civil; como tercer requisito tenemos que **debe existir una relación diádica,** esto es **una relación entre un sujeto "supuesto responsable" determinado y una "supuesta víctima"** también determinada, planteándose aquí la peculiaridad de una indemnización por daños a "intereses difusos"; siendo el último requisito que el daño sea **injusto.**

La "satisfacción" de estos daños, a efectos de cumplir con la función satisfactoria de la responsabilidad civil (que analizaremos posteriormente), se verificará *in natura* o "en equivalente". Esta última es la modalidad más difundida dado que en la mayoría de los casos no puede satisfacerse el interés perjudicado restituyéndose el bien perjudicado. A efectos de verificar el pago de la indemnización, el perjudicado deberá determinar el contenido y el *quantum* o medida del daño.

Estos daños, si bien son verificados por el "analista de los elementos de la responsabilidad civil" en un primer momento, al ser fácil su aprehensión fáctica, dependerán (en el plano jurídico) de la teoría de "la relación causal" asumida por el Código Civil a fin de determinar aquellos que son susceptibles de indemnización.

Esta **"relación causal"** viene a ser el tercer elemento en el análisis material de la responsabilidad civil. Tal como lo hemos señalado, la relación causal es de vital importancia porque nos permitirá determinar entre una gama de hechos vinculados a la verificación del daño, cuál es el "hecho determinante del daño" (determinándose al causante o responsable material), lo que nos acercará al "supuesto responsable jurídico del daño", quien finalmente será determinado una vez cubierto el cuarto momento de análisis.

Esta relación de causalidad también va a permitir al analista determinar, a partir del criterio asumido, cuáles serán los daños susceptibles de ser indemnizados. Sobre la "relación causal" se han desarrollado una serie de teorías, que serán analizadas con particular detenimiento

en un punto posterior del presente trabajo, aunque ello no obsta para realizar una mención muy escueta de las mismas.

Entre estas teorías tenemos, según Isidoro Goldenberg[3]: la teoría generalizadora representada por "la teoría de la equivalencia de las condiciones" o *conditio sine qua non* y las teorías individualizadoras, como son la teoría de la causa próxima, la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa preponderante y la teoría de la causa adecuada. De todas estas teorías, por ejemplo, nuestro Código Civil asume en el sistema de responsabilidad civil extracontractual la teoría de la "causa adecuada" en el artículo 1985 del Código Civil peruano, la que recoge un criterio "lógico" para individualizar los hechos determinantes del daño y los daños a ser indemnizados, utilizando para ello el método de análisis de la "prognosis póstuma" que se desenvuelve a lo largo de dos momentos: la denominada etapa del saber ontológico y la del saber nomológico. Por otro lado, en el sistema de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones reconoce una teoría de "causa próxima" en el artículo 1321 del Código Civil peruano, la que se sustenta en un criterio de temporalidad.

Finalmente tenemos al cuarto elemento de la responsabilidad civil, correspondiente al análisis de imputabilidad de esta, que es el **criterio de imputación de la responsabilidad,** entendido como "el justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño de la víctima al sujeto responsable". Este **traspaso del peso económico del daño,** tal como lo estudiaremos posteriormente, es expresión de la función **"redistributiva"** de la responsabilidad civil.

Entre los criterios de imputación que tomaremos en consideración en nuestro análisis como justificativos teóricos tenemos: a la **culpa,** el **riesgo,** la **garantía,** el **abuso del derecho** y la **equidad.** Como vemos, los criterios de imputación de la responsabilidad han sido ampliados respecto a los estudiados en una visión clásica (que centraba su atención en la culpa y el riesgo), incluyéndose así al "abuso del derecho" que lo tenemos regulado en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil peruano, a la garantía (que lo encontramos en el artículo 1981 del Código Civil) y a la equidad (que se plasma en el artículo 1977 del Código Civil).

Una vez cubierto el análisis de los cuatro elementos de la responsabilidad civil, podemos determinar finalmente quién es el sujeto responsable, así como determinar el ámbito de la indemnización.

Desde un esquema clásico de la responsabilidad civil se postula la existencia de dos sistemas diferenciados para la "indemnización de los daños y perjuicios", siendo uno de ellos el sistema de responsabilidad civil extrancontractual (cuyo origen lo tenemos en la *Lex Aquilia)* que analizaremos de forma independiente por una razón didáctica a fin de entender lo regulado en nuestro Código Civil en torno a la misma.

El sistema de responsabilidad civil extracontractual, según lo sostiene la doctrina, gira en torno a la tutela de un interés general que recoge el principio *"alterum nom laedere"* a partir de un deber jurídico general "de no causar daño a nadie" que el ordenamiento jurídico impone a los particulares.

El análisis de la responsabilidad civil extracontractual se realiza tomando en consideración una serie de reglas diferenciadas con respecto a las asumidas para un sistema de responsabilidad civil contractual, tales como la inversión de la carga de la prueba, la no graduación de la culpa y la teoría de la causa adecuada de la relación causal.

(3) Ver GOLDENBERG, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil.* Depalma. Argentina.

Este análisis debe cubrir determinados elementos, los que se desenvuelven a lo largo de dos momentos o etapas:

a) La etapa del análisis material de la responsabilidad civil que contiene a los tres primeros elementos

a) La antijuridicidad, que está conformada por el conjunto de conductas contrarias a los elementos extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento jurídico, donde encontraremos a los hechos antijurídicos que generan supuestos de responsabilidad civil, como son: el hecho ilícito, el hecho abusivo y el hecho excesivo, y a los hechos no antijurídicos que según una perspectiva contemporánea generan también supuestos de responsabilidad civil, como es el hecho nocivo.

b) El daño que es concebido como el menoscabo o detrimento al interés jurídicamente tutelado de los particulares que se desenvuelven sobre la base de los principios orientadores de una "convivencia pacífica", y,

c) La relación causal que es entendida como el nexo que existe entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho. A efectos de precisar cuál es el hecho determinante del daño se han postulado una serie de teorías de relación causal que nos proporcionan criterios teóricos para cumplir con el presente objetivo, así tenemos: a la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa preponderante, la teoría de la causa próxima, la teoría de la causa adecuada y la teoría de la *conditio sine qua non*.

b) La etapa del análisis de imputación de la responsabilidad civil

En esta etapa desarrollamos el estudio del cuarto y último elemento de la responsabilidad civil, que corresponde a:

a) Los criterios de imputación de la responsabilidad que, como se ha indicado, constituyen los justificados teóricos del traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable.

Iniciaremos este estudio del análisis de la responsabilidad civil extracontractual con el desarrollo de los mencionados elementos.

2. Antijuridicidad

2.1. Hechos antijurídicos

La antijuridicidad, tal como ha sido concebida anteriormente, está constituida por aquellos supuestos (clásicamente "conductas humanas") que implican la violación de los elementos intrínsecos o funcionales y/o extrínsecos del ordenamiento jurídico.

El tema de la antijuridicidad ha sido desarrollado a lo largo de una serie de teorías, las que son:

a) La teoría de la antijuridicidad formal.

b) La teoría de la antijuridicidad material.

c) La teoría de la antijuridicidad subjetiva.

d) La teoría de la antijuridicidad objetiva.

Desde nuestro punto de vista consideramos óptimo adoptar una teoría de antijuridicidad objetiva, estableciendo asimismo que la "ilicitud" no responde a un supuesto "típico",

que se encuadraría en la norma, sino que tiene un contexto mucho más amplio conformado por el orden público y las buenas costumbres. Finalmente, antes de realizar el análisis correspondiente de los hechos antijurídicos y no antijurídicos, cabe resaltar que los primeros no se limitan al "hecho ilícito" (como lo postula la teoría clásica), sino también pueden constituir hechos abusivos o excesivos.

Dentro de los hechos antijurídicos tenemos:

a) El hecho ilícito

De acuerdo con la construcción del acto jurídico, el hecho ilícito es definido como el **hecho jurídico humano y voluntario** contrario a la ley (normas imperativas y prohibitivas), al orden público y a las buenas costumbres, conceptos explicados anteriormente a propósito de la **juridicidad** de los intereses en la relación jurídica.

Esta percepción del "hecho ilícito" está íntimamente vinculada con la noción de culpa[4], la que es vista dentro de una perspectiva clásica no como un factor atributivo de responsabilidad sino como el elemento seleccionador de los daños a indemnizar. Tal como se ha establecido, este enfoque ha variado en la perspectiva contemporánea de la responsabilidad civil donde se considera a la **juridicidad** como el requisito orientador de los supuestos indemnizatorios, relegándose la "culpa" al análisis de imputabilidad como uno de los varios factores atributivos de responsabilidad existentes.

b) El hecho abusivo

Según cierto sector de la doctrina, el enfoque de la responsabilidad civil gira en torno a los "hechos ilícitos". Consideramos que esta visión sufre de **miopía**, puesto que existen otros hechos que también generan supuestos de responsabilidad civil sin necesidad de ser catalogados como ilícitos. Dentro de estos hechos tenemos al **hecho abusivo.**

En torno al hecho abusivo se han desarrollado una serie de discusiones teóricas, las que han intentado precisar los criterios que los analistas de la Responsabilidad Civil deben tener en cuenta para establecer cuándo estamos ante un hecho de dicha naturaleza.

Antes de desarrollar algunos aspectos de dichas discusiones teóricas, debemos realizar un estudio introductorio respecto del hecho abusivo.

(4) Como vemos, para determinar si nos encontramos ante un "hecho ilícito" debemos realizar un estudio de la conducta del sujeto (análisis intrínseco), lo que implicaría adelantar el análisis de imputabilidad de la responsabilidad, es por ello que consideramos que el estudio del "hecho ilícito" no debe efectuarse en el "análisis material" como un tipo de hecho generador, sino debemos considerar al presente "hecho" como el resultado del análisis de la responsabilidad (luego de cubierto el estudio del hecho generador, el daño, la relación causal y el factor atributivo de responsabilidad). Por lo expuesto, consideramos pertinente postular como clasificación alternativa de los hechos generadores la siguiente: hechos antijurídicos (que son aquellos que afectan de forma extrínseca una norma imperativa del ordenamiento jurídico); hechos abusivos (que consisten en hechos "antifuncionales", en la medida en que afectan la funcionalidad (aspecto intrínseco) de una norma; hechos excesivos (que son un tipo de hecho abusivo. Consisten en aquellos supuestos en los que un sujeto acoge una vía perjudicial para otro sujeto con el fin de "tutelar" su derecho teniendo otra vía alternativa menos perjudicial) y hechos no antijurídicos. Tal como veremos posteriormente en nuestro sistema (dado que no se ha recogido de forma textual una norma relacionada al "hecho ilícito", salvo en el Libro de Familia (producto de un rezago del Código Civil de 1936) no tenemos el presente problema, existiendo un supuesto de "atipicidad del hecho ilícito", basado en "cláusulas generales de responsabilidad", como son el artículo 1969 y 1970 del Código Civil. A pesar de lo expuesto, consideramos pertinente desarrollar el "hecho ilícito" como un tipo de hecho generador, en la medida en que es práctica general en nuestro país considerarlo como tal.

Tal como lo hemos estudiado en los cursos introductorios de Derecho, las normas que se desenvuelven dentro del ordenamiento jurídico tienen una función que cumplir, la que es delimitada por el propio legislador. Muchas de estas normas confieren "derechos" a los particulares, cuyo ejercicio debe estar enmarcado en los límites de su "funcionalidad".

En el desarrollo de estos derechos observamos que el titular puede tener dos actitudes anormales:

b.1) Que se exceda de los límites de la funcionalidad del Derecho, lo que implica un "ir más allá" que dará lugar a perjuicios a otro particular.

Por ejemplo, en virtud del Código Civil, el propietario de un determinado bien tiene un derecho subjetivo que le otorga una serie de facultades y poderes: de usar *(ius utendi)*, disfrutar *(ius fruendi)*, disponer *(ius disponendi)* y reivindicar *(ius vindicandi)* dicho bien. Pensemos por un momento que dicho propietario, en ejercicio del derecho antes descrito, decide elaborar una bomba que le permita destruir su casa. Una vez que realiza dicha conducta alega que al tener un derecho sobre su bien inmueble, puede hacer con este lo que quiera, como es destruirlo usando un explosivo.

Nos preguntamos: ¿es válido este argumento? Según lo indica el artículo 923 del Código Civil, la propiedad debe ser usada de acuerdo a la armonía social (por ende, la función que le reconoce el ordenamiento jurídico es la de ser un instrumento para la convivencia pacífica, persiguiendo una adecuada asignación de los bienes) de ahí que el Estado impone a los particulares (que tienen un derecho subjetivo) que hagan un uso efectivo de los poderes y facultades que se les confieren en virtud de ese derecho, para así mantener el flujo en el tráfico de bienes que impulsará el desarrollo económico y permitirá una gradual eliminación del problema de vivienda en el país.

Si el propietario utiliza el bien excediéndose de la función reconocida por el ordenamiento jurídico, ocasionando con ello perjuicios a terceros, estaríamos ante un supuesto de "abuso del derecho" que en la medida en que ha generado resultados dañosos, da lugar a la obligación de indemnizarlos.

b.2) Otros supuestos que algunos consideran como "abuso de derecho" es cuando existe un ejercicio antifuncional del Derecho, esto es, un ejercicio del Derecho observando una función que es antitética frente a la función que el legislador le ha conferido al mismo.

Por ejemplo (recordemos el caso Cantuta), estando el Perú en un "estado de emergencia" producto del terrorismo, la población es testigo de una serie de actos excesivos de las Fuerzas Armadas, entre ellos, el de un grupo de militares que bajo sospechas de la existencia de una cúpula terrorista con centro de operaciones en la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), ingresa en los dormitorios de la universidad "deteniendo" a un grupo de estudiantes que son llevados a un lugar inhóspito, dándosele muerte.

¿Estamos en este caso ante un abuso del derecho?

El "derecho" que podrían aducir los militares es el de "detener", que les es conferido por la Constitución Política de 1993 que establece "la posibilidad de detener" por parte de las Fuerzas Armadas y policiales en dos supuestos:

Primero: en fragante delito; y segundo: orden motivada del juez.

En ambos supuestos quien detiene debe poner al detenido a disposición del juez a las 24 horas o a los 15 días de la detención, dependiendo si es o no un detenido por terrorismo o narcotráfico.

Las Fuerzas Militares, a raíz de una redacción dudosa de la Constitución de 1979 (la que establecía en un segundo párrafo: **"En todo caso** el detenido debe ser puesto a disposición del juez a las 24 horas o 15 días..."), concluía que era posible la detención de un particular "en todo caso" con la única "condición" de poner a disposición del juez al sujeto detenido dentro de los plazos antes señalados. Esta pésima interpretación, según lo dice Eguiguren en su texto "Los retos de una democracia insuficiente", no es procedente hoy al haber sido subsanado el defecto de redacción en la Constitución de 1993, al ser eliminada del artículo pertinente la frase "en todo caso", aunque en la práctica aún se siguen desarrollando dichas detenciones.

Otra salida que podrían alegar los militares es que las detenciones se llevaron a cabo dentro de un contexto de "estado de emergencia", que suspende los derechos de inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito.

Tal como lo señala Eguiguren en un estado de emergencia deben tenerse en cuenta a efectos de efectuar una detención, dos criterios: la "proporcionalidad" y la "razonabilidad", lo que significa que tales detenciones deben responder a las verdaderas razones por las que se dictó un "estado de emergencia" y no a "arbitrariedades".

En el presente caso del "ejercicio" antifuncional de un derecho, nos encontramos, de acuerdo con nuestra óptica, ante un **hecho ilícito** (entiéndase "hecho antijurídico" en sentido estricto) y no ante un abuso del derecho.

El hecho abusivo, tal como lo indicamos en un inicio, ha sido objeto de una serie de discusiones teóricas, las que han postulado diversas posiciones en torno a su naturaleza. Para algunos autores, el abuso del derecho es un hecho ilícito puesto que el hacer un ejercicio del derecho contrario a su función o excediéndose de su función, implica un actuar dentro de un **"no-derecho"**, es así que De Trazegnies nos indica en su texto "La Responsabilidad Civil Extracontractual"(5) lo siguiente:

"Podría decirse que, en estos casos de "ejercicio irregular de un derecho", las personas mencionadas simplemente no tienen derecho para causar ese daño; porque el ejercicio de un derecho tiene que ser siempre regular, ya que en caso contrario deja de ser derecho. Ni la extralimitación (realizando actos que son parte del derecho de que se goza), ni el abuso del propio derecho (artículo II del Título Preliminar) son ya derecho. Es por ello que discrepamos de la tesis que plantea que el abuso del derecho es un acto lícito, pero abusivo: el abuso del derecho ya no es derecho. Los derechos deben ser usados en armonía con el interés social. Por consiguiente, todo uso del derecho que no respeta el interés social es un uso "irregular" y consiguientemente ilícito.

Desde nuestro punto de vista, el abuso del derecho es un hecho que consiste en el ejercicio de un derecho de forma excesiva, esto es yendo más allá de los límites conferidos por el ordenamiento jurídico, lo que no significa desnaturalización de la función conferida por el legislador.

(5) Ver DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual.* Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988.

El abuso del derecho se encuentra recogido en nuestro Código Civil, en el artículo II del Título Preliminar, el que nos establece: "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".

c) El hecho excesivo

Para muchos autores, el hecho excesivo no debe ser regulado de forma independiente al hecho abusivo, dado que ambos responden a una lógica idéntica.

Según lo establece la doctrina, el hecho excesivo implica el comportamiento de un sujeto, quien ante dos o más vías posibles de ser utilizadas para tutelar sus derechos, utiliza aquella que resulta más perjudicial para los terceros.

Grafiquemos lo indicado con un ejemplo:

"Un sujeto que es lesionado levemente por otro, con ánimo de venganza, acude ante un abogado para que "hunda a dicho sujeto", pidiéndole que haga uso de la vía más perjudicial. Como bien sabemos, existen dos vías en este sentido (para tutelar mi interés conculcado: lesiones) una es la vía penal, que para muchos es la más gravosa dado que se discute en torno a la privación de la libertad del sujeto, y la otra vía es la civil para efectos de una indemnización. El abogado contagiado por la sed de venganza de su cliente lleva el caso a una vía penal donde también solicita la "reparación civil pertinente".

Si bien el ordenamiento jurídico reconoce ambas vías para la tutela de la víctima (aunque en la práctica así no parezca), no permite que un sujeto se valga de ellas para ocasionar un perjuicio mayor del "daño necesario" que se ocasionará en un proceso. Este caso nos busca describir un supuesto de "hecho excesivo" que, volviendo a recalcar, es materia de discusión frente al "hecho abusivo".

Como vemos, el sujeto se vale de un derecho para ocasionar perjuicios a terceros a partir de un ejercicio extralimitado o antifuncional del mismo. Es por ello que consideramos que el hecho excesivo es una especie de hecho abusivo, remitiendo el estudio del mismo a lo señalado a propósito del hecho abusivo.

2.2. Hechos no antijurídicos

En el estudio del primer elemento: **"antijuridicidad"** también se ha investigado en torno a los denominados "hechos **no antijurídicos",** que, según la teoría clásica de la responsabilidad civil, son aquellos que no generan efectos "indemnizatorios".

Discrepamos de la afirmación antes formulada dado que consideramos, siguiendo las nuevas tendencias de la responsabilidad civil (ver PEYRANO, "La Responsabilidad Extracontractual"), que existen hechos **no-antijurídicos** que generan efectos indemnizatorios.

Entre los hechos no antijurídicos tenemos:

a) Los hechos dañosos justificados

Estos hechos son conocidos también como "supuestos de **irresponsabilidad",** es decir, aquellos que no generan una "obligación de indemnizar los daños ocasionados".

Antes de iniciar el estudio de estos hechos, es óptimo efectuar la diferencia existente entre un supuesto de irresponsabilidad y uno de exoneración de responsabilidad. Para ello

vamos a utilizar de forma análoga la diferencia que los tributaristas esbozan en torno a la inafectación y a la exoneración tributaria. Según lo establece el tributarista Ataliba[6] la **inafectación** es "aquel supuesto en el que un hecho determinado no se encuentra en la hipótesis de incidencia tributaria de una norma tributaria que constituye un tributo y, por ende, el sujeto que realice tal hecho no está obligado al pago del mismo, puesto que no existe tal tributo respecto a dicho hecho". Por otro lado, respecto de la exoneración tributaria, señala que es aquel supuesto en el que el hecho se encuentra dentro de la hipótesis de incidencia tributaria de una norma tributaria, debiendo por ende el sujeto pagar el correspondiente tributo, pero por efecto de una política fiscal este no se pagará por un lapso de tiempo determinado.

Utilizando las ideas antes desarrolladas, podemos indicar que los supuestos de irresponsabilidad son aquellos en los que el hecho realizado no se encuentra dentro de la *fattispecie* o "supuesto de hecho" de una norma que establece una "obligación de indemnizar", no debiendo por ello, en ningún caso, el sujeto asumir el costo económico del perjuicio ocasionado. Por otro lado, la exoneración de la responsabilidad se refiere a aquel supuesto en el que el hecho realizado se encuentra en el supuesto de hecho de una norma que establece una obligación de indemnizar, asumiendo por ende el sujeto que realizó dicho hecho, el costo económico del daño ocasionado, pero por efecto de una política estatal el responsable no deberá efectivizar el pago de la correspondiente indemnización. Asimismo, debemos diferenciar los supuestos en estudio por su ubicación en el análisis de la responsabilidad, encontrándose el estudio de los supuestos de "irresponsabilidad" en el análisis material de la responsabilidad (ya sea a nivel del daño o de los hechos generadores de responsabilidad), mientras que el estudio de los supuestos de "exoneración" lo realizamos una vez cubierto el análisis de "imputabilidad" de la responsabilidad civil.

Habiéndose aclarado lo referente a la diferencia existente entre un supuesto de irresponsabilidad y uno de exoneración de responsabilidad, pasemos a detallar la teoría y práctica desarrolladas en torno a los hechos dañosos justificados.

Entre estos hechos tenemos, según el artículo 1971 del Código Civil peruano, a:

1. El ejercicio regular de un derecho.
2. La legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en un estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado.

b) Los hechos nocivos

Son aquellos hechos que tienen inmerso en su esencia la posibilidad de ocasionar un perjuicio o detrimento al interés de un sujeto en la medida en que sean ejercitados. Estos hechos, si bien son tolerados por el ordenamiento jurídico, generan daños "no deseados" que deben ser indemnizados.

(6) Ver ATALIBA, Geraldo. *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima, 1987.

El artículo 959 del Código Civil peruano recoge un supuesto de "estado de necesidad" que, de acuerdo con nuestro desarrollo, será considerado un "hecho nocivo", debiendo por ende el sujeto indemnizar por los daños ocasionados al conjurar un peligro.

A propósito de este efecto resarcitorio, la doctrina ha desarrollado dos teorías que tienen por finalidad justificar el porqué de la indemnización.

La primera de ellas es la teoría del enriquecimiento injusto o indebido. Esta teoría establece que al haberse perjudicado el interés de un sujeto totalmente ajeno a una situación "peligrosa", a fin de favorecer los intereses de quien conjura el peligro, debe indemnizársele puesto que lo contrario constituiría un enriquecimiento indebido.

La segunda de ellas es la teoría de la expropiación que postula un razonamiento análogo al de la expropiación de bienes. En virtud de esta, el Estado puede expropiar determinados bienes por razón de interés o seguridad nacional, siempre que entregue un "justiprecio" suficiente al expropiado en virtud de haber sido privado del "poder jurídico" que asumía sobre su bien. Con la misma lógica (puesto que también estamos refiriéndonos a un interés "superior" o de mayor valor en detrimento de un interés de "menor valor"), el ordenamiento jurídico debe conferir una indemnización al sujeto "ajeno" que se perjudicó con la destrucción o pérdida de uno de sus bienes.

Consideramos que debe indemnizarse al sujeto perjudicado, puesto que a diferencia de los supuestos antes estudiados, este no ejecuta una "agresión" ilegítima, así como de otro lado no existe un derecho (conferido por el ordenamiento jurídico) de dañar.

c) El hecho neutro

Es aquel hecho no antijurídico que no es objeto de valoración alguna sino hasta que se vincule con un resultado dañoso, como es el caso de manejar un vehículo. En el ejemplo propuesto, el simple hecho de manejar no es susceptible de valoración alguna puesto que no afecta los lineamientos básicos de convivencia pacífica, pero en la medida en que exista un accidente de tránsito, el analista de responsabilidad realizará una valoración sobre el mismo a efectos de determinar si tiene o no vinculación con el resultado dañoso.

Según muchos juristas, los hechos nocivos no merecen ser desarrollados teóricamente, dado que carecen de relevancia práctica, debiéndonos simplemente limitarnos a un enunciado general de los mismos.

Hemos así cubierto el primer elemento de la responsabilidad civil extracontractual, en donde hemos podido observar que no todos los supuestos que generan (en el plano material) daños, determinan el pago de una indemnización, mereciendo especial atención el ejercicio regular de un derecho, que para mayor comprensión recomendamos la lectura de los escritos de Fernando de Trazegnies[7], concluyéndose además que:

- No solo los hechos humanos generan supuestos de responsabilidad civil, puesto que tenemos ciertos "hechos naturales" que pueden tener efectos indemnizatorios.
- Existen hechos no antijurídicos que generan supuestos de responsabilidad civil (debiendo, por ende, verificarse el pago de una indemnización), como es el caso de los denominados "hechos nocivos".

(7) DE TRAZEGNIES, Fernando. Ob. cit.

3. El daño

El segundo elemento a analizar para efectos de determinar si estamos ante un supuesto de responsabilidad civil, es el "daño", que proviene del latín *demere* que significa "menguar", que es entendido como "el detrimento" o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico (que en un primer momento corresponde al interés jurídico general de "no verse dañado por la conducta de otro sujeto", tornándose luego en un interés específico de la víctima.

Al ser el daño un menoscabo a un interés jurídicamente tutelado, la indemnización debe perseguir "no una sanción" sino una "satisfacción" de dicho interés conculcado, tal como lo consideran autores como Stiglitz, Borda y Manchini criticando el enfoque clásico de autores como Ripert, Demogue y Savatier.

La idea de que el "interés" es el centro de estudio de la responsabilidad civil la podemos extraer de la siguiente cita de De Cupis incluida en el texto "El Daño en la Responsabilidad Civil" de Eduardo Zannoni[8]: "El objeto del daño se identifica siempre con el objeto de la tutela jurídica (un interés humano)".

Este menoscabo a un interés jurídicamente tutelado se va a manifestar en una afectación a la esfera personal y/o patrimonial de un sujeto en virtud de un hecho antijurídico o no antijurídico (según lo hemos establecido en el estudio del anterior elemento).

Así Zannoni considera que debemos postular una diferencia entre lo que entendemos por "bien jurídico" y lo que se concibe como "interés jurídico". Para este autor, "bien jurídico" es el objeto de satisfacción (cosas, bienes inmateriales, cuerpo, salud, integridad física, entre otros) e "interés jurídico" es un poder de actuar, reconocido por la ley, hacia el objeto de satisfacción.

A partir de estas ideas consideramos que la naturaleza del daño está determinada no por la naturaleza de los bienes afectados, sino por aquella que corresponde al interés conculcado. Por ejemplo, un sujeto x de forma intencional destruye el vehículo de otro sujeto, el que había pertenecido anteriormente a sus ascendientes. Si bien es cierto el vehículo pertenece a la esfera patrimonial del sujeto perjudicado, no es cierto que el daño que se ha ocasionado solo sea un daño "patrimonial", puesto que también se ha ocasionado al sujeto un "daño moral", ya que el vehículo tenía un valor sentimental para el propietario al haber pertenecido a sus ascendientes.

Es por ello que Zannoni establece que: "Es incorrecto calificar la naturaleza del daño en razón de la naturaleza del bien u objeto de satisfacción, que ha sufrido menoscabo; por ende, no es verdad que el daño es patrimonial porque el bien dañado es un objeto de satisfacción patrimonial (...) y viceversa".

Una vez precisados estos conceptos, desarrollaremos y delimitaremos aquello que contiene cada una de las esferas antes citadas: la esfera personal y la patrimonial.

a) La esfera personal de un sujeto comprende un doble aspecto: el biológico que se refiere al soma del sujeto (el que comprende tanto su estructura anatómica, así como su esfera psicológica) y el social vinculado al conjunto de interrelaciones establecidas entre los particulares, que persigue su desarrollo en tanto "ser social".

(8) ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Depalma, Buenos Aires, 1982.

b) Por otra parte, en la esfera patrimonial comprendemos al conjunto de bienes ciertos que forman parte del patrimonio del sujeto en un tiempo determinado, debiéndose entender como "bien" a "todo aquello que tiene la cualidad de satisfacer una necesidad".

La utilización del concepto "daño patrimonial" busca subsanar las deficiencias que surgen con el uso (por parte de la teoría clásica de la responsabilidad civil) del término "detrimento material", dado que en este último solo se incluye a los "bienes tangibles", dejando de lado a otros bienes como los "derechos" que son bienes intangibles que forman parte también del patrimonio. Para graficar lo expuesto veamos el caso de la destrucción de una letra de cambio por un sujeto; en este caso observamos que la indemnización no solo busca reparar el perjuicio producido por la pérdida del "documento" que representa al título valor, sino también del derecho "incorporado" en el mismo.

Este daño al que hacemos referencia, debe cumplir con determinados requisitos a efectos de ser indemnizado:

3.1. Certeza

Todo daño a efecto de ser indemnizado debe ser "cierto"[9], esto implica, tal como lo establecen autores como el español Acuña Anzorena, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige el artículo 424 del Código Procesal Civil al hacer referencia a los "fundamentos de hecho, de derecho y a los medios probatorios".

a) Afectación personal del daño

Según lo establecen autores como Mazeaud y Tunc citados por Eduardo Zannoni en su libro "El Daño en la Responsabilidad Civil": "Solo puede reclamar reparación del daño aquel que lo haya sufrido".

Como analizaremos en un punto posterior de nuestro trabajo (específicamente en el estudio de la relación causal), en todo supuesto indemnizatorio se verifica la existencia de una relación entre el sujeto responsable y la víctima, siendo esta última la llamada a solicitar el pago de la indemnización respectiva al haberse perjudicado su interés.

La presente idea se complementa con la exigencia establecida en el artículo 424 del Código Procesal Civil de identificar al sujeto demandante y demandado, debiéndose precisar que en la medida en que no hemos agotado el análisis de imputabilidad de la responsabilidad civil, se considerará a estos como "presuntos" intervinientes en el supuesto dañoso.

Como lo hemos indicado al iniciar el estudio del presente elemento, el daño se va a concebir como el menoscabo a un interés (diferenciándolo con el bien jurídico, que es concretamente afectado); por ende, la víctima no necesariamente va a ser "el sujeto" que es afectado de forma concreta, sino también aquel cuyo interés se ve perjudicado, así por ejemplo, un sujeto es atropellado perdiendo las extremidades inferiores. Este sujeto, antes del accidente, era chofer de una empresa, percibiendo un ingreso suficiente para cubrir sus necesidades y las de sus hijos (quienes aún dependían económicamente de él). Con este accidente no solo es víctima el sujeto quien fue atropellado, sino también los hijos, quienes no podrán continuar estudiando ni cubrir sus necesidades puesto que la remuneración de su padre era lo único que les proporcionaba ingresos.

(9) Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Introducción a la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1992.

Es así como Zannoni establece que hay que diferenciar entre los sujetos damnificados, considerando que pueden existir "damnificados directos" (que son los que se ven afectados de manera directa con el resultado dañoso, al haber participado de forma concreta en el evento) y "damnificados indirectos" (que son aquellos que ven afectados sus intereses sin que hayan participado de manera concreta en el evento).

La responsabilidad civil actualmente enfrenta una serie de cambios en sus postulados teóricos, los que también se han visto reflejados en el tratamiento del daño. Estos cambios se han producido como consecuencia, en mayor medida, de los fenómenos económicos, así lo establece Santos Briz en su texto "La Responsabilidad Civil":

> "(...) los fenómenos de orden económico son los que principalmente han transformado las circunstancias fácticas originadoras de responsabilidad civil".

Estos fenómenos han traído como consecuencia el replanteamiento del tratamiento tradicional de la satisfacción de los intereses dañados, postulándose la existencia de los denominados "intereses supra-individuales" que son la base de la indemnización de los "daños colectivos o difusos". A propósito de este tema Gabriel Stiglitz pone de relieve que "corresponde acoger la categoría de los daños colectivos o difusos, consagrando una apertura legitimatoria en favor de las pertinentes formaciones sociales y cuerpos intermedios, para el ejercicio de la acción indemnizatoria con proyección hacia la totalidad del perjuicio producido a la comunidad representada. Ello sin menoscabo de la opción que cabe a cada miembro del grupo para reclamar individualmente el daño proporcional a la propia fracción del interés lesionado, cuando esa porción del perjuicio satisface por sí el requisito de certeza".

El estudio de estos "intereses supraindividuales" ha llevado a postular la "socialización de la responsabilidad civil", girando este fenómeno en la indemnización de los intereses perjudicados a partir de los seguros obligatorios que permiten la "difusión social del riesgo".

La teoría en torno a los seguros obligatorios ha sido objeto de una serie de planteamientos entre los que tenemos al denominado "sistema de seguro puro de accidentes" en el que los partícipes recibirían sin retraso la protección requerida, prescindiendo de la concurrencia de culpas o de riesgos y de si el suceso fue inevitable. De postularse un sistema como el descrito se experimentaría un predominio de este sobre el de la responsabilidad, lo que conllevaría una disminución del sentido de la responsabilidad individual, como lo establece Santos Briz. Consideramos, de otro lado, que la adopción de este sistema desincentivaría la realización de determinados comportamientos riesgosos, así como la "creación de seguros para los mismos", puesto que siempre la compañía de seguros asumiría el peso económico del daño. Asimismo, dicho desincentivo perjudicaría los intereses de los consumidores dado que al asumir la compañía toda indemnización, ello se traduciría en el costo del servicio, manifestándose en un "precio" más alto para el consumidor.

Una propuesta diferente a la antes esbozada la constituye la de Eike Von Hippel, quien en su texto "Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen. Umrisse eines neuen Systems" establece que "el seguro obligatorio de responsabilidad civil debe concluir su evolución transformándose en seguro de accidentes a favor del perjudicado, debiendo continuar siendo privados sin prescindirse del criterio clásico de la culpa, pues esta se tendrá en cuenta para que, según su grado, la aseguradora pueda ejercitar o no su derecho de regreso contra el culpable, o para llegar incluso a privarle de concertar estos seguros o limitárselos, o para calcular el importe de las primas, cumpliendo así una función educadora e intimidante".

Por otro lado, en Estados Unidos e Inglaterra se han realizado posturas más radicales, tal es el caso de aquella que propugna una compensación, como la del seguro social, que se financiaría a través de un impuesto sobre el combustible (MOYNIHAN) o como la que propone la socialización del seguro automovilístico (STREET). Finalmente, cabe mencionar un proyecto presentado por la "American Insurance Association" en setiembre de 1968 que postula las siguientes ideas: 1) la culpa no es un factor adecuado que haya que atender para resolver sobre la indemnización a las víctimas de la circulación; 2) los daños morales no son susceptibles de estimación objetiva, debiéndose por ello excluirse de la reparación por el seguro, y 3) el costo de los accidentes de circulación debe ser soportado por los automovilistas. Se pretende, en definitiva, que el seguro automovilístico reemplace enteramente a la acción de responsabilidad civil, la cual será mantenida únicamente en contra de automovilistas no asegurados.

Otro aspecto relacionado con la "afectación personal de la víctima", es el vinculado con la indemnización de los "daños a intereses difusos", donde no podemos determinar con precisión quién es el sujeto responsable y quién es la víctima. Por ejemplo, pensemos en los casos de contaminación ambiental producto del uso de un "aerosol", ¿Quién(es) es(son) el(los) responsable(s)? ¿Todos aquellos que usen el aerosol, así como la sociedad entera que lo permite?, y ¿quién(es) es(son) la(s) víctima(s)? ¿La propia sociedad que se ve afectada por los rayos "ultravioletas" producto de un deterioro en la capa de ozono?

En este caso vemos que no podemos encasillar el supuesto de responsabilidad en una relación diádica (un responsable y una víctima singular), llevándonos la doctrina al estudio de los "daños a intereses difusos" a fin de solucionar el problema que se nos presenta, la que finalmente nos postulará la indemnización mediante la utilización de lo que denominamos "difusión social del riesgo".

Según Juan Montero Aroca[10], los "intereses difusos" se definen como "aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino más bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc.".

Como vemos, el carácter "difuso" de este interés se debe, tal como lo establece Pellegrini Grinover[11], a la imposibilidad de determinar a sus titulares (criterio subjetivo) y a la naturaleza del bien necesario para que ese grupo indeterminado pueda satisfacer sus necesidades (criterio objetivo).

El punto de discusión en la presente materia gira en torno a la "legitimidad para obrar". Así se ha generado un debate en la doctrina, tal como lo señala Priori Posada[12], respecto a quién puede demandar la pretensión indemnizatoria y en qué situación procesal.

(10) Ver MONTERO AROCA, Juan. "La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú". En: *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. N° 24.

(11) Ver PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Acciones colectivas para la tutela del ambiente y de los consumidores". En: AA.VV. *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio en sus 30 años como investigador de las Ciencias Jurídicas*. Tomo III. Derecho Procesal. Universidad Autónoma de México. México, 1988.

(12) PRIORI POSADA, Giovanni. "La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el Derecho Procesal Constitucional". En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del PerúN° 14. p. 97.

Según Monroy Galvez[13] el acceso a la jurisdicción para la tutela de los intereses difusos no es un caso de legitimidad para obrar, sino de representación, así nos señala: "(...) en la sociedad contemporánea se han desarrollado cierto tipo de derechos respecto de los cuales no hay posibilidad de identificar con algún nivel de precisión a los sujetos a quienes se les puede reconocer como titulares de tales derechos. Por ejemplo, los derechos del consumidor, los derechos del medio ambiente o ecológicos (...). Por esa razón, la doctrina reconoce una institución como el medio a través del cual estos derechos pueden ser ejercidos, garantizando así la defensa procesal de sectores importantes de la sociedad que bien pueden considerar que tales derechos les pertenecen. Se trata del 'patrocinio de los intereses difusos' (...). Como resulta evidente, se trata de un mecanismo de representación de un grupo humano indiferenciado, razón por la cual es imposible que se puedan usar las formas tradicionales de otorgamiento de representación procesal voluntaria. Regularmente, la norma procesal que acoge este instituto le concede capacidad procesal a las instituciones sin fines de lucro, afines al derecho que se pretende proteger (...)".

Por otro lado, Montero Aroca[14] establece que el acceso a los órganos jurisdiccionales para la tutela de los derechos difusos es un caso de legitimidad para obrar extraordinaria. De la misma opinión es Bujosa Vadell[15] quien sostiene que estamos ante un caso de "legitimación ordinaria *sui géneris* con algunos rasgos de legitimación extraordinaria", pero legitimación al fin.

Ante dicha discusión consideramos pertinente, tal como lo establece Priori Posada[16], adoptar la segunda posición que establece la existencia de una legitimación extraordinaria en los intereses difusos, habiendo por ende una permisión legal expresa a determinadas personas o instituciones a fin de que sean estas las que puedan plantear determinadas pretensiones en un proceso.

b) Subsistencia del daño: que no haya sido indemnizado con anterioridad

El presente requisito establece que a efectos de solicitar una indemnización, el interés dañado a reparar debe no haber sido objeto de un resarcimiento previo que haya dado lugar a su satisfacción, puesto que de permitir su indemnización se estaría incurriendo en un supuesto de enriquecimiento indebido.

c) Que el daño sea injusto

Hacemos referencia con este requisito a que el daño debe haberse producido por efectos de un hecho generador de un supuesto de responsabilidad civil; en otras palabras, un daño cuya realización no sea "justificada" por el ordenamiento jurídico (debemos remitirnos a lo desarrollado a propósito de los hechos dañosos justificados).

3.2. Clasificación del daño

A continuación, desarrollaremos lo concerniente a la concretización del menoscabo a un interés tutelado por el ordenamiento jurídico. Esta concretización nos lleva a postular una

(13) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Temis-De Belaunde & Monroy, Abogados, Santa Fe de Bogotá, 1996.
(14) Ver: MONTERO AROCA, Juan. Op. cit.
(15) Ver: BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Bosch, Barcelona, 1995.
(16) Ver: PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit.

clasificación de los daños ocasionados, teniendo en cuenta, para la realización de la misma, dos enfoques: el clásico y el moderno en torno a los daños.

En primer término desarrollaremos la clasificación moderna postulada por Fernández Sessarego en su artículo: "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", para quien los daños deben ser clasificados en:

a) Daño subjetivo

Que es aquel que afecta el plano de subjetividad de la persona. Consideramos oportuno resaltar que el autor solo hace alusión al concepto "persona", que puede ser natural o jurídica, aunque pone especial énfasis en la persona natural puesto que se refiere a daños psicosomáticos y a la libertad, que son esferas propias de esta, así establece: "El daño subjetivo es el que agravia o afecta al ser humano mismo...".

La presente referencia resulta limitada, puesto que también existen en el "ordenamiento jurídico" otros sujetos de derecho diversos a la "persona", como son: el concebido y la denominada "persona jurídica irregular", que también pueden ser pasibles de daños a ser indemnizados. Debemos indicar que el autor reconoce la presente limitación señalando en una nota a pie de página lo siguiente: "La denominación 'daño subjetivo', por su amplitud, comprende no solo el daño a la persona natural sino también el inferido al concebido. No obstante, la expresión "daño a la persona" se ha impuesto en la doctrina sin que exista ninguna dificultad teórica para incluir el daño causado al concebido. Por ello usamos indistintamente ambas expresiones".

Si bien es posible indemnizar los daños ocasionados al concebido, consideramos que no resulta óptimo desde el punto de vista "técnico" el incluirlo dentro del "daño subjetivo" (tal como lo define Fernández Sessarego), puesto que el autor lo equipara al "daño a la persona", y como es de nuestro conocimiento el concebido no es "persona" hasta su nacimiento.

Dentro del daño subjetivo tenemos al:

a.1) Daño psicosomático

Aquel que recae en la esfera psicológica y/o somática del sujeto, que son aquellas que determinan la "salud" del mismo. Debe señalarse que la doctrina concibe a la "salud" como un estado de equilibrio "psicosomático" en un espacio temporal determinado.

Este puede consistir a su vez en un:

- **Daño biológico.-** Constituido por la lesión, considerada en sí misma, inferida a la persona víctima del daño. Por ejemplo: una pierna quebrada por un golpe.
- **Daño a la salud.-** Constituido por el conjunto de repercusiones que el daño biológico produce en la salud del sujeto. Por ejemplo: producto de la lesión surge un tumor que genera la amputación del miembro.

a.2) Daño a la libertad

Que es el daño que afecta el proyecto de vida, esto es, aquel daño que recae sobre la persona del sujeto que le impide realizar su actividad habitual, que es aquella que efectuaba para proveerse los bienes indispensables para su sustento, así como en la que estaban plasmadas aquellas metas que le permitirían su realización personal.

Por ejemplo: un futbolista que sufre una amputación de un pie; un pianista a quien le cortan la mano, etc.

Según Fernández Sessarego, la libertad, si bien es una, puede tener dos instancias. La primera, que es de carácter subjetivo, supone el instante de la íntima decisión de la persona en cuanto a un determinado proyecto de vida, mientras que la segunda es fenoménica. Es decir, se refiere a la efectiva realización del proyecto.

b) Daño objetivo

Que es aquel que afecta la esfera patrimonial del sujeto, es decir, aquel que incide sobre los objetos que integran su patrimonio. En este daño tenemos a:

b.1) El daño emergente

Aquel que genera el egreso de un bien del patrimonio de la víctima. Por ejemplo: Un sujeto "x" incendia el vehículo de un sujeto "y". Esta conducta va a generar que el bien "automóvil" salga del patrimonio de "y".

b.2) El lucro cesante

Aquel que genera que la víctima deje de percibir por efecto del daño un determinado bien, es decir, que por efectos del daño no ha ingresado un determinado bien en el patrimonio de la víctima.

c) Daño moral

Queda pendiente en la clasificación propuesta lo concerniente al daño moral. Para el Dr. Fernández Sessarego el daño moral debe asimilarse a un daño psicosomático, puesto que no existe una afectación patrimonial. Así establece: "El llamado daño moral, en cambio, no compromete la libertad del sujeto sino que es un daño sicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento. Es, por lo tanto, un daño que no se proyecta al futuro, que no está vigente durante la vida de la persona (...). Por el contrario, las consecuencias del daño moral tienden a disiparse y a desaparecer, por lo general, con el transcurso del tiempo".

Entendemos al daño moral[17] como aquel que afecta la esfera sentimental y/o de honorabilidad de un sujeto. Este daño ha sido desarrollado en la doctrina clásica teniendo en consideración dos subtipos de daños:

c.1) El daño moral subjetivo

Que es aquel conocido como el *pretium doloris* o "precio del dolor", donde se lesiona la esfera interna del sujeto, esto es, el plano de los sentimientos y/o de la autoestima del sujeto, no transcendiendo el daño al plano externo de la productividad (o del desarrollo conductual del sujeto). En este caso tenemos por ejemplo a los daños generados por los insultos.

(17) La doctrina contemporánea considera que el "daño moral" es aquel que afecta la esfera psicológica del sujeto, en tanto que el daño a la persona es aquel que afecta la integridad "física del sujeto" de forma permanente. Así mismo sostiene que el daño moral carece de la permanencia del daño a la persona en la medida en que el sujeto puede "controlar" su dolor, a tal punto que se ha postulado su "no indemnización" por tener carácter "relativo". Finalmente, se considera que es posible la indemnización del "daño moral" conjuntamente con el daño a la persona en el sistema de responsabilidad civil "contractual".

La indemnización de este daño moral se realizará a partir de una "estimación", buscando cumplir con ello una función **consolatoria** dado que no podrá verificarse la "satisfacción" del interés dañado, puesto que no es posible su determinación.

En este caso hacemos referencia a una función **consolatoria** dado que se considera que el ser humano tiene la capacidad natural de controlar sus emociones, pudiendo mitigar sus penas a partir de "distracciones", es así que se establece que mediante la indemnización se está "comprando dolor por distracción" *(pretium doloris* o precio del dolor).

c.2) El daño moral objetivo

Que es aquel que no se limita a un menoscabo en la esfera interna del sujeto (en los sentimientos o afectos del sujeto), puesto que los efectos del daño trascienden a la esfera de productividad, es decir, va a afectarse la actividad que el sujeto realizaba, el desarrollo normal de su vida, etc.

En este caso, la indemnización no solo deberá cubrir el daño a la esfera interna del sujeto, sino también aquellas repercusiones en la conducta del sujeto (la doctrina considera que estas generan un daño patrimonial indirecto).

Consideramos que con el presente caso se puede estar disfrazando una suerte de "daño social" que la doctrina no ha desarrollado.

Cuando nos referimos a "daño social" queremos hacer referencia al aspecto "social de la vida humana". La vida, según se establece en la doctrina actual, es una unidad "bio-psico-social", por ende tiene tres niveles. En el presente estudio nos referimos al tercer nivel: " la vida social", esto es, "el desarrollo de la vida humana (del ser humano) a partir de sus vinculaciones con terceros". En muchos daños que los particulares sufren, vemos que este nivel es afectado (el de la vida social), no solicitándose indemnización alguna por la falta de desarrollo doctrinario que genera un desconocimiento en los particulares y en los jueces. Consideramos que debe realizarse un estudio independiente de este supuesto para poder evitar caer en salidas "facilistas" de adecuar casos nuevos a "supuestos antiguos".

4. La relación causal

El tercer elemento de análisis de la responsabilidad civil (perteneciente al análisis material) es la relación casual, elemento fundamental y que no ha sido desarrollado a profundidad en muchos textos de doctrina nacional.

La "relación causal" es entendida como el nexo existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho. Esta relación causal nos permitirá establecer entre una serie de hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cuál es aquel que ocasionó el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados, cuáles merecerán ser reparados. Ello lo precisaremos haciendo uso del "criterio" adoptado por la teoría sobre la relación causal asumida por nuestro Código Civil de 1984.

A fin de determinar cuál es la teoría asumida por nuestra legislación, consideramos apropiado realizar un estudio previo de las teorías sobre la relación causal desarrolladas en la doctrina.

4.1. Teorías

De acuerdo con Isidoro Goldenberg[18], tenemos dos grandes grupos de teorías: las teorías individualizadoras y las teorías generalizadoras.

a) Teorías individualizadoras

Son aquellas que persiguen individualizar entre un conjunto de hechos posibles de ser considerados determinantes del daño cuál es aquel que lo generó. Dentro de estas teorías tenemos a la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa preponderante, la teoría de la causa próxima y la teoría de la causa adecuada.

a.1) Teoría de la causa eficiente

Reconoce un "criterio de eficiencia" *(causa efficiens)* a partir de un análisis "cualitativo" de los hechos intervinientes en el resultado dañoso *(Qualitatentheorie).* Esta teoría tiene presente la "eficacia" de los supuestos fácticos, lo que implica considerar su calidad intrínseca en el proceso causal, según el curso normal de los sucesos.

a.2) Teoría de la causa preponderante

Esta teoría toma un criterio "cualitativo" para establecer cuál es el hecho determinante del daño, estableciéndose que será tal aquel que en mayor medida haya contribuido a la producción del resultado dañoso, según lo indica Von Birkemeyer. En otros términos la presente teoría (también conocida como "teoría de la preponderancia" o "prevalencia causal") estima que debe reputarse como causa a aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y adversos a la producción del daño, es decir, se considerará causa a aquel acto que por su mayor peso o gravitación imprima la dirección decisiva para el efecto operado. Grafiquemos la presente teoría con el ejemplo del "piromaniaco":

Juan entrega a Pedro veinte cajas de fósforos, mientras que Pedro entrega los fósforos con un vaso de querosene a Luis, "el piromaniaco", que decide incendiar la casa de Miguel. ¿Quién aportó más en la realización del resultado? Si partimos del criterio de la preponderancia parece que el responsable, aunque parezca ilógico, sería Juan porque aportó más: 20 cajas de fósforos.

a.3) La teoría de la causa próxima

Esta teoría es asumida por el denominado (según la teoría clásica de la responsabilidad civil) sistema de responsabilidad civil "contractual" (inejecución de obligaciones) en el artículo 1321 del Código Civil.

La presente teoría establece un criterio de "temporalidad", por el que se considera que es "causa" del resultado dañoso aquel hecho más próximo a su verificación. Tuvo la presente teoría su origen en Inglaterra con el filósofo Francis Bacon a partir del desarrollo de lo que denominó *proximate cause* (causa inmediata), según la cual se juzgarán las acciones de los sujetos.

A fin de concluir el estudio de las denominadas "teorías individualizadoras" resta realizar el estudio de la teoría de la causa adecuada, la que desarrollaremos posteriormente.

(18) Ver GOLDENBERG, Isidoro. Ob. cit.

Desarrollemos primero lo concerniente a la teoría generalizadora.

b) Teoría generalizadora

A diferencia de las teorías individualizadoras que persiguen determinar entre un conjunto de hechos, aquel hecho que consideran determinante del daño, esta teoría considera que pueden existir muchas causas vinculadas a un mismo resultado dañoso.

b.1) Teoría de la *conditio sine qua non*

Esta teoría parte de la premisa que, para determinar la causa de un hecho dañoso, debemos tener presente el análisis de toda la cadena causal y no solo de un segmento de esta. Para ello debemos efectuar la siguiente pregunta (a fin de determinar la participación del suceso en la cadena causal) "si es que no se hubiese producido tal hecho, el resultado no se hubiese realizado"; si la respuesta es afirmativa concluiremos que ese hecho es importante y por ende es una "**causa sin la cual no** se hubiera producido el daño".

c) Causalidad adecuada

La teoría de la causalidad adecuada, asumida por el sistema de responsabilidad civil extracontractual en el artículo 1985 de nuestro Código Civil de 1984, postula un criterio de "razonabilidad" y "probabilidad" para la realización del análisis de las condiciones. Para efectuar el presente análisis debe realizarse una apreciación de los hechos a partir de la "regularidad de su ocurrencia", es decir, conforme con lo que acostumbra suceder en la vida misma. En otros términos, se realiza un análisis de la acción (entiéndase "condición"), teniendo esta que ser idónea para producir el efecto en circunstancias generales, es por ello que no puede ser utilizado el criterio de la causalidad adecuada en el estudio de "efectos anormales o particulares".

El método de análisis de la teoría de la "causa adecuada" es denominado "método de la prognosis póstuma", que es aquel consistente en determinar *ex-post facto* la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes. En este método de análisis se realiza un estudio de las condiciones intervinientes a partir de un proceso de **"abstracción y generalización"**, que dará relevancia a una de estas elevándola a la categoría de "causa del evento", es decir, a ser considerada "condición adecuada".

El método antes señalado se desenvuelve en dos etapas o saberes:

a) El saber ontológico, y;

b) El saber nomológico.

Hasta el presente punto hemos desarrollado los postulados de la presente teoría sin realizarles crítica alguna, es por ello que antes de efectuar el análisis del siguiente elemento de la responsabilidad, consideramos oportuno desarrollar algunos temas relacionados con la presente teoría que han sido objeto de observaciones. Tal como apreciamos, la aplicación de la presente teoría ha reconocido un criterio más técnico para la determinación de la causa del daño, pero en algunos casos ha generado problemas en el ámbito de la probanza.

Como se establece en el ámbito procesal, "todo aquel que alegue un hecho debe probarlo", por ende es la víctima quien debe probar el daño y la relación causal. Actualmente, se presentan daños (en circunstancias no analizadas con anterioridad) producto de innovaciones tecnológicas, así como de la realización de nuevas actividades humanas. Ello ha conllevado nuevos retos a los estudiosos de la responsabilidad civil a fin de que determinen nuevas

salidas para lograr una adecuada indemnización para la víctima, es así que Vásquez Ferreyra[19] nos indica lo siguiente:

"...Es que frente a la aparición de nuevos tipos de daños (v. gr., SIDA, daño ambiental, etc) muchas veces la difícil prueba de la relación causal lleva a que de hecho se frustre la indemnización pretendida. Adviértase que en muchos casos, ni siquiera se puede recurrir a la regla de la causalidad adecuada por cuanto, tratándose de nuevos fenómenos dañinos, no existe experiencia previa como para juzgar qué es lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas".

Ante estos nuevos estudios se ha postulado la aplicación de dos teorías desarrolladas por la autora francesa Genevieve Viney[20]: "la teoría de la causalidad virtual" y la "teoría de la creación de un riesgo injustificado".

c.1) La teoría de la causalidad virtual

La presente teoría ha sido muy utilizada en materia de responsabilidad civil médica. Según sus lineamientos, se hace inicialmente responsable al médico de la *perte d'une chance (de survie, de guérison)*, por parte del paciente. En tales casos no existe una conexión cierta y directa entre la conducta del médico y el daño sufrido por el paciente (muerte, lesiones), pero sí consta que la acción y omisión del médico disminuyeron las posibilidades de sobrevivir o de curar por parte del paciente. Pues bien, sobre la base de esta causalidad aleatoria, el médico se presume autor del daño: ahora bien, como la causalidad con este daño final (muerte, lesiones) no consta, los tribunales se limitan a indemnizar un daño abstracto que sustituye el daño concreto sufrido: el valor económico de la probabilidad de vida o curación perdida (VÁSQUEZ FERREYRA)[21][22].

c.2) La teoría de la creación injustificada de un riesgo

De acuerdo con la presente teoría, siguiendo a la autora francesa Viney, es frecuente que una persona voluntariamente o por negligencia genere una situación objetivamente peligrosa y que en estas condiciones un tercero sufra un daño que aparece como la realización normal y previsible del riesgo creado por su culpa. En gran número de los presentes casos es posible solo constatar que el resultado dañoso hubiese tenido menos probabilidades de producirse en la medida en que no se hubiese verificado la ocurrencia del hecho culposo que generó el peligro. Es esta probabilidad o "previsibilidad objetiva" la que servirá para dar contenido a la indemnización, la que debe ser integral. Según la autora francesa, entre algunos de los ejemplos que podemos citar tenemos: a) los daños ocurridos como consecuencia de la circulación de vehículos, b) los daños ocurridos en caso de accidentes producidos por una persona a la cual una cosa ha sido confiada o dejada en condiciones peligrosas, y c) aquellos daños causados por una persona sometida a la vigilancia de otra.

Así, hemos cubierto el ámbito de la relación casual que consideramos muy importante para efectos de determinar cuándo nos encontraremos ante un "supuesto de responsabilidad

(19) Ver VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. "La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil". En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 14.

(20) Ver VINEY, Genevieve. *Traité de Droit Civil- Les Obligations: La responsabilité: conditions*. L.G.D.J., París, 1982. N° 368.

(21) Ver JORDANO FRAGA, Francisco. "Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico". En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero, 1985, p. 83, cita al pie N° 82.

(22) Ver BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos*. 2ª edición, Vol.1. Hammurabi, 1994.

material", determinando el hecho que ocasionó el daño (y en consecuencia al causante) y los daños indemnizables (que de acuerdo con el Código Civil pueden ser daños inmediatos, mediatos y directos).

5. Criterios de imputación de responsabilidad

El estudio de los criterios de imputación de responsabilidad se desarrolla en la segunda etapa de análisis de la responsabilidad civil correspondiente a la revisión de los juicios de imputabilidad. Estos **criterios de imputación de responsabilidad**[23] son aquellos justificativos teóricos del traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, en otros términos, el por qué el sujeto "x" debe ser considerado responsable y por ende indemnizar asumiendo el costo económico del daño. Estos factores atributivos de responsabilidad determinarán si es que el sujeto "presuntamente responsable" será considerado como tal, siendo los desarrollados por la doctrina: la culpa, el riesgo, la garantía, el abuso del derecho y la equidad.

En el presente trabajo analizaremos algunos de ellos para finalmente desarrollar el factor atributivo o criterio de imputación "riesgo" que está íntimamente vinculado con el tema de la presente tesis.

a) La culpa

Es el criterio de imputación de responsabilidad subjetivo recogido en la "cláusula general de responsabilidad" del artículo 1969 del Código Civil peruano, el que establece:

"Artículo 1969.- Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".

El presente criterio de imputación se encuentra dentro de los alcances de la ilicitud subjetiva, anteriormente desarrollada, por ende implica el análisis de los elementos intrínsecos de la conducta del sujeto (imprudencia).

Para determinar la "diligencia o negligencia" del sujeto debe tenerse presente, siguiendo a Fernando de Trazegnies[24], un patrón objetivo de conducta o modelo social, el que servirá como parámetro. Esta tesis establece que la culpa debe ser enfocada *in abstracto,* sin tomar en consideración circunstancias específicas de la personalidad del sujeto responsable.

Así De Trazegnies cita a Pothier[25] quien en el S. XVIII estableció, en su "Traité des Obligations", la necesidad de objetivar la apreciación de cada uno de los tres grados de culpa mediante la comparación de la conducta del agente con un "tipo social". Así, decía que la **"culpa lata"** consiste en no adoptar respecto de los asuntos de otro el cuidado "**de las personas menos cuidadosas y las más estúpidas"** no dejarían de tener respecto de sus propios asuntos; la **"culpa *levis"*** que es la falta de cuidado, comparando la conducta con la de una

(23) Los factores atributivos de responsabilidad no solo van a cumplir una función diádica, sino también "sistémica", incentivando o no la realización de determinadas conductas. Nuestro Código Civil recoge determinados factores atributivos, debiendose resaltar la regulación de dos cláusulas generales de responsabilidad: El artículo 1969 y el artículo 1970 del Código Civil. Por otro lado, se establece (dentro de una teoría analista) que los factores permitirán distribuir adecuadamente el peso económico a aquellos sujetos que se encuentran en una mejor posición para afrontar el costo, es así que se postulan las teorías del chipeast cost aboider y deep pocket.

(24) Ver DE TRAZEGNIES, Fernando. Ob. cit.

(25) Citado por MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle.* 6ª ed. T.I. Editions Montchrestien, París, 1965. N° 421, p. 49.

"persona prudente"; y "la culpa *levissima*" que supone comparar la conducta con la que tendrían "las personas más meticulosas" respecto de sus propios asuntos.

De estos tres modelos De Trazegnies considera pertinente utilizar como "standard"[26] el de las "personas promedio" (hombre razonable), siendo este el criterio más difundido, de ahí que se postule como criterio el del "buen padre de familia", que deviene en obsoleto en una sociedad moderna como la nuestra, por lo que consideramos debe ser reformulado, postulándose así que el patrón a tener presente debe ser el del sujeto promedio de la actividad que estamos analizando, así por ejemplo si es un médico, debemos utilizar el patrón de los médicos promedio; si es un abogado, el de los abogados promedio, etc.

Un punto debatido en la doctrina, a partir de una afirmación de los hermanos Mazeaud, es el concerniente a las circunstancias "externas" e "internas" del actuar del sujeto en el estudio de la "culpa *in abstracto*", es decir, ¿debemos comparar el actuar con un "standard" que no tome en consideración circunstancias históricas, culturales, etc.? Consideramos que el tomar en consideración circunstancias "internas" implicaría volver a un modelo de "culpa *in concreto*", es por ello que para evitar las "subjetividades" y "problemas probatorios" propios de este modelo solo debemos tener presentes "aspectos externos", como el "contexto en el que se desenvuelve la conducta", que consideramos apropiado para evitar un análisis "irreal"[27].

Por otro lado, cabe mencionar aquella perspectiva, postulada en el país por Fernández Cruz, según la cual el factor atributivo culpa es clasificado en dos: una "culpa subjetiva", que responde a un análisis de las características personales del sujeto que interviene en el hecho dañoso; y una "culpa objetiva" que es dividida en una culpa *in abstracto* desarrollada por De Trazegnies y una culpa *in concreto* que toma circunstancias del caso en concreto para determinar la 'culpa o no culpa' del sujeto.

Continuando con el estudio del presente factor atributivo a la luz del artículo del Código Civil antes citado, tenemos que a nivel probatorio se verifica una suerte de "inversión" de la carga probatoria (la que hemos criticado), al presumirse la responsabilidad por culpa del sujeto. Lo que conlleva a que el supuesto responsable desvirtúe tal imputación demostrando la ausencia de culpa o su actuación dentro de los alcances de los artículos 1971 del Código Civil, correspondiente a los supuestos de irresponsabilidad, o 1972, referido a los supuestos de ruptura del nexo causal (que analizaremos en un punto posterior de nuestra tesis).

Un tema adicional referido a la culpa es el concerniente a la "graduación de la culpa", que algunos autores postulan a partir de lo dispuesto en el artículo 1986, que establece lo siguiente:

> "Artículo 1986.- Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable".

A partir del tenor de este artículo se ha buscado justificar la posibilidad de pactar la irresponsabilidad por culpa leve del causante. Nosotros consideramos que, dado que la función esencial de la responsabilidad civil consiste en la satisfacción plena del interés de la víctima, no es racional postular una graduación de la culpa. Así por ejemplo, si un sujeto golpea accidentalmente a otro que usaba lentes de contacto, ocasionándole la pérdida del ojo,

(26) De acuerdo a DE TRAZEGNIES, Fernando (Ob. cit), el "standard" es la "idea" que tienen los jueces de lo que era posible razonablemente hacer en las circunstancias en que se encontraba el demandado.

(27) Ver MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André. Ob. cit.

debe indemnizar de igual manera que si lo hubiese golpeado intencionalmente. Acaso ¿es menos tuerto el sujeto porque el causante actuó con culpa leve y no con dolo? No. El daño es el mismo".

b) La garantía

Este criterio de imputación objetivo de responsabilidad ha sufrido en la actualidad una serie de cambios. Por un lado, en la doctrina clásica se le había vinculado con el factor atributivo subjetivo de responsabilidad "culpa" en la medida en que se buscaba siempre adecuar "todo" supuesto de responsabilidad a uno "culposo"; así teníamos textos que aludían a la "culpa *in vigilando*", "culpa *in eligendo*", etc. Por otro lado, la garantía fue considerada como un factor atributivo "indirecto", es decir, no implicaba un supuesto de responsabilidad "directa" sino uno de "responsabilidad indirecta" en la medida en que no se consideraba al sujeto "responsable" como "causante" o interviniente en la relación causal. Finalmente, se restringió la aplicación del factor atributivo "garantía" al ámbito "extracontractual" o "delictual", no pudiéndose aplicar en los supuestos de "inejecución de obligaciones".

En la medida en que entendemos a la "responsabilidad civil" como un fenómeno íntimamente relacionado con la obligación, consideramos que siempre el acreedor-"víctima" espera un resultado, el que es garantizado con el patrimonio del sujeto-"responsable", existiendo por ende siempre una "garantía" constituida por el deudor para respaldar el cumplimiento, es por ello que consideramos que el factor atributivo "garantía" constituye un factor de responsabilidad "directa" o por hecho propio; asimismo, desde nuestro punto de vista, puede ser aplicado tanto en el "sistema de responsabilidad contractual" como en el "sistema de responsabilidad extracontractual".

Una vez precisados los alcances del presente factor atributivo de responsabilidad, pasemos a explicar su aplicación dentro del sistema de responsabilidad civil extracontractual.

El presente factor atributivo se encuentra recogido en el artículo 1981 del Código Civil, que establece lo siguiente:

> "Artículo 1981.- Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria".

La garantía, según lo establece el presente artículo (que de acuerdo con cierto sector doctrinal, recoge el supuesto de la "responsabilidad vicaria"), implica la verificación de dos requisitos: una relación de dependencia (no necesariamente laboral) del sujeto "causante" con un tercer sujeto (llamado principal), y que el daño se realice dentro del momento denominado del ejercicio del encargo.

Por efectos de la garantía, el principal responderá frente a la víctima porque se está beneficiando económicamente con la conducta desplegada por su dependiente, siendo un ejemplo el caso del atropello ocasionado por un camionero de la compañía Coca-Cola cuando este realizaba el transporte de las bebidas a una bodega. En el presente caso Coca-Cola responderá de forma solidaria con el chofer, quedando expedita la posibilidad de que Coca-Cola, una vez que cumpla con el pago de la correspondiente indemnización, repita frente a su trabajador por el actuar culposo de este último.

Para otro sector doctrinal, la "garantía" se presenta en el caso en análisis porque el "principal" se encuentra en una mejor posición para asumir el costo económico del daño.

c) El criterio de imputación de riesgo

Los seres humanos tienen la posibilidad, en un plan individual, de "resistir" cualquier fuerza que se dirija contra ellos a efectos de tutelar su integridad psicosomática, mientras que en un plano "colectivo" (esto es, actuando en sociedad) tienen mecanismos idóneos para poder controlar aquellas conductas o acontecimientos destinados a perturbar el normal desenvolvimiento de la "vida en sociedad". Es en este último plano donde se desenvuelve el factor atributivo "riesgo", siendo entendido como "aquel supuesto excepcional que excede el normal grado de resistencia de los sujetos".

El "riesgo" implica un costo asumido por la sociedad a efectos de obtener un beneficio mayor para la misma, siendo una "salida racional" que adopta para proveerse de "bienes indispensables para su desarrollo económico y social"[28].

El Código Civil regula lo concerniente al riesgo en el artículo 1970 (que hemos considerado recoge una cláusula general de responsabilidad), estableciendo lo siguiente:

"Artículo 1970.- Aquél que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo"[29].

c.1) Niveles de riesgo

Dentro de los niveles de "riesgo" tenemos los siguientes:

i) Riesgo normal.- Es aquel asumido por la sociedad que produce un beneficio económico a la misma y que no implica un exceso no controlable frente a la normal resistencia de los sujetos, siendo indispensables para el desenvolvimiento ágil del comercio y de la vida social en general. Es el caso de la circulación de vehículos, por ejemplo.

ii) Riesgo anormal.- Es aquel nivel del riesgo que no implica un beneficio económico a la sociedad y cuyo costo asumido es irracional (dado que es un supuesto no controlable). En estos casos tenemos a "los sujetos que tienen leones en su jardín como mascotas, etc".

iii) Ultrarriesgo.- Es el nivel mayor de riesgo, que no es controlable por la sociedad, teniendo un alto índice de **"potencialidad" para la ocurrencia de daños.** Son asumidos por la sociedad porque implican beneficios económicos a la misma, como es el caso de las "centrales atómicas", etc. Estas actividades deben ser permitidas para efectos del desarrollo social desde los distintos campos del quehacer humano, de ahí que si existiera una norma que prohibiera la verificación de estos supuestos, desincentivaría (asumiendo por ende la sociedad un costo adicional) la investigación científica y, en el caso concreto, por ejemplo,

(28) DE TRAZEGNIES, Fernando. Ob. cit. critica la aplicación de las circunstancias "internas" y "externas" en la medida en que no es posible discernir de forma absoluta entre una y otra. Indica que existen casos en los que se nos presentan circunstancias con "apariencia" externa que en realidad son "internas" y viceversa. Así menciona el supuesto de la "condición económica", la que no puede ser considerada de forma precisa como circunstancia "interna" o "externa", aunque sí debe tenerse presente en la determinación de la responsabilidad aunque de forma muy limitada para evitar abusos o efectos contraproducentes (el tener presente la condición económica del sujeto es lo que en la doctrina americana se denomina deep pocket o long purse: "bolsillo grande").

(29) Si bien es cierto hemos considerado que la sociedad asume determinados riesgos para obtener "beneficios económicos", ello no debe ser relacionado con la función que cumple el presente factor desde el punto de vista sistémico. Según lo hemos establecido, el factor atributivo riesgo persigue desincentivar la realización de determinadas prácticas, en la medida en que resulta más "costosa" la liberación del sujeto "supuesto responsable". Así, la sociedad en la medida en que persiga la no "repetición" de determinados hechos o sucesos (para no crear "riesgos", ver TRIMARCHI en *Rischio e responsabilitá oggettiva*) va a postular la aplicación de un factor atributivo objetivo.

la práctica de ciertas actividades necesarias para el desarrollo humano, como es el caso de las actividades deportivas, etc.

c.2) Supuestos de ruptura de nexo causal

Los supuestos de ruptura del nexo causal se encuentran regulados en el artículo 1972 del Código Civil de 1984, que establece lo siguiente:

"Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia de quien padece el daño".

Tal como se puede apreciar de un análisis literal del artículo, el Código considera que solo serán de aplicación para los supuestos del artículo 1970 los casos de "ruptura del nexo causal", lo que a nuestro entender resulta equivocado puesto que al encontrarnos en el análisis material de la responsabilidad civil (tercer elemento: relación causal), no podemos restringir estos a un factor atributivo de responsabilidad en especial, el que va a ser materia de un análisis posterior (análisis de imputabilidad). Así consideramos que el presente artículo debe ser aplicado tanto para los supuestos del artículo 1969 como los del artículo 1970 del Código Civil.

La ruptura del nexo casual es aquel supuesto que genera el "quiebre" del nexo existente entre el "inicialmente" considerado como hecho determinante del daño y el daño ocasionado, no significando ello la inexistencia de una relación casual, dado que lo que se ha producido es una "alteralidad" de la misma, lo que implica que el "hecho determinante del daño" es otro, pudiendo ser un caso fortuito ("acto de Dios": naturaleza), una fuerza mayor ("acto del príncipe o del hombre")[30], un hecho determinante de un tercero o "un hecho determinante de la víctima", como lo sostiene el proyecto de reforma del Código Civil del sábado 7 de enero de 1995. Consideramos óptima esta variación dado que el tema de "imprudencia" de la víctima nos lleva a un ámbito "subjetivo", que produce un círculo vicioso en el análisis de los supuestos riesgosos, puesto que el mismo discurrirá en dos campos: objetivo-subjetivo.

Debemos resaltar que la ruptura del nexo no se verificará en un supuesto "ultrarriesgoso", dado que al ser el grado de "potencialidad" muy elevado no podemos "alegarla" puesto que el costo asumido por la sociedad en estos supuestos está constituido tanto por eventos

(30) En doctrina se ha hecho mención a los elementos que debe cumplir un supuesto para ser considerado como uno de ruptura del nexo causal, realizándose el análisis a la luz del "caso fortuito". Según lo establece cierto sector doctrinal, el caso fortuito para ser determinado como un "supuesto de ruptura", debe ser un "hecho externo" a la actividad, es decir, si el peligro que se presenta es "interno" (propio de la actividad) no puede alegarse un caso fortuito; se citan como ejemplo: los daños ocasionados en un incendio producido en un cine por efecto de una colilla de cigarro dejada por un espectador, según esta posición no opera el caso fortuito puesto que "espacialmente" el peligro es propio de una actividad cinematográfica. No compartimos la presente tesis dado que podemos encontrar hechos que se verifican dentro del ámbito de la actividad (en el lugar, si nos referimos a un criterio espacial) que no son propios de la misma, como es el caso de una bomba puesta en un cine, por ejemplo. Así, se postula como carácter determinante del "caso fortuito" el que sea "un riesgo atípico" (extraordinario), es decir que no corresponda a un riesgo habitual de la actividad en análisis. Conjuntamente con este carácter atípico, debemos tener presente que debe consistir en un "evento público y notorio". Agregado a estos carácteres tenemos (por efectos de una interpretación sistemática con el artículo 1315 del Código Civil) que el hecho debe ser imprevisible e irresistible. Pero aquí surge una interrogante: ¿para quién?, según vamos a considerar debemos tener presente en el análisis un "standard" (al igual que el postulado para la culpa), siendo el aplicable "el del sujeto experimentado" en la medida en que aplicar el de "los hombres promedio" nos podría llevar a tolerar actos dañosos de sujetos especializados, quienes amparados en el "standard" del hombre promedio no responderían puesto que alegarían la ocurrencia de un "caso fortuito".

ordinarios como extraordinarios, como son, en este último caso, aquellos que generan "una ruptura del nexo causal".

Por último, sería óptimo referirnos a los **casos de concausa,** en los que no se ha verificado una "ruptura" de la relación causal sino un supuesto de "alteralidad parcial", donde serán compartidos los efectos de la indemnización por el sujeto responsable y la "víctima", según lo establece el artículo 1973 del Código Civil peruano.

d) El criterio o factor de imputación equidad y el abuso del derecho

Ambos factores tienen un carácter residual en la medida en que perseguirán cubrir defectos en el traslado del peso económico del daño por eventos de excepción.

El abuso del derecho es aquel factor que ingresará en defecto de la aplicación de alguno de los factores antes analizados, remitiendo el estudio del mismo a lo desarrollado en la parte correspondiente a la antijuridicidad.

Por otro lado, la "equidad" (recogida en el artículo 1977) es aquel factor atributivo que persigue, en la medida en que no sea posible el pago de la indemnización por parte del representante legal del incapaz (según lo establece el artículo), la aplicación de una "indemnización" a ser cubierta por el "incapaz" a efectos de no dejar desprotegida a la víctima.

Tal como podemos apreciar, el presente factor atributivo tiene como fundamento la "solidaridad social" y, por ende, una perspectiva "social" de la responsabilidad civil.

6. Continuación del comentario al artículo 1329

Una vez efectuado nuestro estudio de responsabilidad civil, cabe indicar que la presente norma se refiere al tema de la prueba del criterio de imputación subjetivo culpa. En este precepto normativo se hace referencia al tema de "presunción de culpa leve". Dicha presunción tiene base legal y es *iuris tantum* en tanto admite prueba en contrario, lo que implica una valoración legal positiva de que "el deudor no ejecutó su prestación por actuar sin diligencia ordinaria", a lo que el sujeto demandado (deudor) deberá responder negando dicha afirmación aportando pruebas que demuestren lo contrario (que se actuó de forma diligente).

Así, tenemos que el sujeto deudor buscará aplicar los artículos 1314 y 1315 del Código Civil a fin de enervar las consecuencias de esta presunción. El artículo 1314 establece que queda liberado de responsabilidad el deudor que demuestra que ejecutó la prestación con diligencia ordinaria y el artículo 1315 alude a los hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles como son el caso fortuito o fuerza mayor que liberan de responsabilidad.

Estos artículos, se indica en la doctrina, se aplican para obligaciones diversas, así se afirma que el primero de los artículos se aplica para las obligaciones de medios en las que el deudor solo compromete un actuar diligente, y el segundo alude a las obligaciones de resultado en las que el deudor debe efectuar una prestación que conlleva a un opus o resultado concreto (no bastando la prueba de la diligencia, sino que es indispensable la demostración de un hecho objetivo que impida el resultado).

DOCTRINA

GOLDENBERG, Isidoro. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Depalma. Argentina; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. En Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. IV, Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; ATALIBA, Geraldo. Hipótesis de incidencia tributaria. Instituto Peruano de Derecho Tributario, Lima, 1987; ZANNONI, Eduardo. El daño en la

responsabilidad civil. Depalma, Buenos Aires, 1982; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Introducción a la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, 1992; MONTERO AROCA, Juan. La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú. En Ius et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 24; PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Acciones colectivas para la tutela del ambiente y de los consumidores. En AA.VV. Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio en sus 30 años como investigador de las Ciencias Jurídicas, Tomo III, Derecho Procesal. Universidad Autónoma de México, 1988; PRIORI POSADA, Giovanni. La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional. En Ius et Veritas, N° 14; MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil. Tomo I. Temis - De Belaunde & Monroy, Abogados, Santa Fe de Bogotá, 1996; BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La protección jurisdiccional de los intereses de grupo. Bosch, Barcelona, 1995; VASQUEZ FERREYRA, Roberto. La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil. En Ius et Veritas N° 14; VINEY, Genevieve. Traité de Droit Civil. Les Obligations: la responsabilité: conditions. L.G.D.J., París, 1982; JORDANO FRAGA, Francisco. Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico. En Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero, 1985; BUERES, Alberto. Responsabilidad civil de los médicos. 2ª ed., Vol.1. Hammurabi, Buenos Aires, 1994; MAZEAUD, Henri y Leon y TUNC, André. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. 6ª ed. T.I. Editions Montchrestien, París, 1965.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Factor subjetivo de atribución en la responsabilidad contractual

{E}n la responsabilidad civil contractual el factor subjetivo de responsabilidad puede ser a título de dolo, culpa inexcusable o culpa leve, presumiéndose la culpa leve y debiendo probar el supuesto dañado el dolo o la culpa inexcusable, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1329 y 1330 del Código Civil ***(Cas. N° 4083-2015-Junín).***

Presunción de inejecución por culpa leve del deudor

{...} {Si} bien no se ha logrado demostrar que exista dolo o culpa inexcusable por parte de los demandados, sí se ha acreditado que la ejecución tardía de la obligación obedece a culpa leve del deudor conforme a lo previsto en el artículo 1329 del Código Civil ***(Cas. N° 2686-2008-Piura, f. j. 2).***

Presunción de culpa leve en la responsabilidad contractual

En cuanto a la culpa inexcusable, está referida a la negligencia grave por la cual el empleador no cumple las obligaciones contractuales en materia de seguridad laboral. En consecuencia, el trabajador víctima de una enfermedad profesional puede invocar contra su empleador como factor de atribución, el dolo o la culpa inexcusable. En el caso que el trabajador no llegase a probar el dolo o la culpa inexcusable y el empleador no logre acreditar que actuó con la diligencia debida, funcionará la presunción del artículo 1329 del referido Código Adjetivo, considerándose que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve y por ello deberá resarcir el daño pagando una indemnización ***(Cas. N° 15086-2015-Ica).***

Prueba del dolo o culpa inexcusable

Artículo 1330.- ***La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.***

Concordancias:
C.C. arts. 1318, 1319, 1321, 1331

JORGE BELTRÁN PACHECO

Tal como se indicó en el comentario del artículo anterior, para determinar la existencia de un supuesto de responsabilidad civil es importante que se verifique la ocurrencia de sus cuatro elementos: daño, hecho dañoso, relación causal y criterio de imputación.

Estos elementos constituirán los argumentos de fondo que respaldarán la pretensión indemnizatoria de la víctima acreedora ante la inejecución de una obligación. Dichos argumentos deberán ser demostrados en cumplimiento de lo dispuesto en el Código Procesal Civil que a la letra dice:

> "Artículo 196.- Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

El artículo del Código Procesal Civil reconoce como norma a la siguiente estipulación:

> "SI un sujeto afirma un hecho que configura su pretensión o contradice a esta alegando nuevos hechos, ENTONCES tendrá la carga de probar dichos hechos".

El contenido conceptual de la noción de "carga de la prueba"[1] ha sido objeto de nuestro estudio en el comentario del artículo anterior, entendiéndose a esta como "una situación jurídica subjetiva de desventaja en virtud de la cual el sujeto titular de la misma, a fin de cooperar y exigir una prestación o conducta de otro (como titular de un derecho subjetivo), realizará comportamientos (como presupuesto de la situación de ventaja antes citada) en interés propio". Por tanto, si el sujeto demandante presenta en su argumentación, como dato de hecho, que el responsable actuó con culpa inexcusable o dolo (como criterio de imputación), tendrá que demostrarlo, usando para ello los datos de demostración indispensables para crear convicción en el magistrado, de lo contrario se verá perjudicado.

El punto problemático, que se presenta en el precepto objeto de estudio, es la dificultad probatoria que afronta el sujeto demandante en tanto deberá acreditar la existencia de una negligencia grave (culpa inexcusable) o de la intención del deudor. Ambas situaciones de hecho que buscan ser demostradas resultan subjetivas y no concretas, por lo que el costo probatorio resulta elevado. ¿Cómo demostrar tales afirmaciones? En el caso de la culpa inexcusable,

(1) Así Venzi sobre la carga de la prueba y su función respecto a la formación de la convicción del juez nos dice: "La decisione del giudice sulla quistione sottoposta al suo esame é basata sulle asserzioni dell parti in quanto risultino conformi a veritá. E necessario pertanto che il giudice sia convinto della veritá di quanto le parti affermano a fondamento delle loro pretese". Resaltando además que "I fatti invece debbono sempre esser provati dalla parte cui loro prova interessa". Ver: VENZI, Giulio. *Manuale di Diritto Civile italiano.* Ottava edizione stereotipa riveduta. Torino. Unione Tipografico-Editrice Torinese.1938. Del mismo modo Adriano De Cupis nos indica: "E noto che, da un punto di vista astratto, chi accampa un diritto dovrebbe provare tuti gli elementi che concorrono a costituire il suo fondamento". Ver: DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: Teoria generale della Responsabilitá Civile.* Seconda edizione. Vol. 1. Milano-Dott. A. Giuffré-editore. 1966.

el sujeto demandante deberá demostrar la pericia (experiencia) del sujeto demandado y que en el caso en concreto (materia de litis) actuó sin tener en cuenta los mínimos patrones de diligencia ordinaria que un experto (a mayor razón) debe tener presente. Mientras que en el caso del dolo, el sujeto deberá demostrar la intencionalidad del demandado, la que no debe confundirse con el dolo penal, en donde es indispensable que el acusado actúe con "conocimiento y voluntad del ilícito penal"[2].

En la parte final del artículo el legislador nos indica: "(...) corresponde al perjudicado por *la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".*

De la lectura del precepto normativo antes señalado se puede afirmar que para "el legislador la inejecución de la obligación es distinta al cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la prestación". La inejecución de la obligación alude a la imposibilidad de la ejecución de la prestación ya sea por pérdida del bien o por frustración del interés, mientras que el "cumplimiento parcial, tardío o defectuoso" hace referencia a la violación de los principios del pago: de identidad (en virtud del cual el pago debe realizarse con el mismo bien con el que se obligó el deudor), integridad (que establece que el pago debe efectuarse en un solo acto), e indivisibilidad (que alude al pago oportuno y conforme al modo convenido). Si se viola el primero de los principios nos encontraremos ante "la ejecución defectuosa"; en el caso de la afectación del segundo de los señalados estaremos ante "la ejecución parcial", y si se viola el tercero de los principios se aludirá a la "ejecución tardía".

Por tanto, el demandante tendrá la carga de demostrar, en primer lugar, el daño, en segundo lugar el evento dañoso (la imposibilidad o la ejecución parcial, tardía o defectuosa), y en tercer lugar (luego de probar la conexión causal) deberá demostrar el criterio de imputación (culpa o dolo).

Crítica adicional

No obstante lo señalado en los puntos precedentes, acorde con el Código Civil peruano y el Código Procesal Civil, es necesario indicar que discrepamos de la graduación de la culpa que nuestro Código Civil plantea en la medida en que somos creyentes en una función redistributiva y satisfactoria del daño en virtud de la que el sujeto responsable deberá asumir, de forma íntegra, el costo económico de dicha afectación sin que exista de por medio ninguna variable que afecte el traslado pleno de dicho valor, como resulta ser el costo probatorio que asume la víctima sobre la verificación de hechos abstractos (como el dolo y la culpa) y cuya demostración resulta dificultosa. Dicho costo, lejos de ayudar a que se cumpla con la *restitutio in integrum* conlleva a una reducción de la cuantía indemnizatoria que desde el punto de vista macrosistémico no hace sino "incentivar" la ocurrencia de daños.

Por otro lado, es cada vez más frecuente observar juristas que proponen la introducción de un sistema objetivo de responsabilidad por inejecución de obligaciones en nuestro Código Civil, en virtud del cual el sujeto deudor será responsable por "el solo hecho de determinar con su conducta la imposibilidad de cumplimiento de la prestación", sin mediar demostración

(2) Respecto al dolo el maestro italiano de la Universidad de Roma, Bonasi Benucci nos indica que: "El dolo es definido como fuente de la obligación de resarcir los daños, consistente en aquellas maniobras o artificios puestos en práctica a sabiendas de las consecuencias dañosas que de los mismos pueden derivar y susceptibles de determinar con eficacia causal la producción del daño. El engaño para ser eficiente al respecto debe ser de tal naturaleza que no pueda ser inocuo a aquellos contra quienes se esgrime, aún procediéndose por la víctima con la ordinaria diligencia". Ver: BONASI BENUCCI, Eduardo. *La responsabilidad civil.* Traducción y notas de Derecho español por Juan Fuentes Lojo y José Peré Raluy. José M. Bosch Editor. Barcelona. 1958.

adicional de dolo o culpa alguna, puesto que el daño se manifestaría desde que se frustra la satisfacción del interés del acreedor por la pérdida de la utilidad debida.

DOCTRINA

VENZI, Giulio. Manuale di Diritto Civile italiano. Ottava Edizione Stereotipa Riveduta. Torino. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1938; DE CUPIS, Adriano. Il danno: Teoria Generale della Responsabilitá Civile. Seconda edizione. Vol. 1. Dott. A. Giuffré-editore, Milano, 1966; BONASI BENUCCI, Eduardo. La Responsabilidad Civil. Traducción y notas de Derecho español por Juan Fuentes Lojo y José Peré Raluy. José M. Bosch Editor, Barcelona, 1958.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Prueba de los factores de atribución en la responsabilidad contractual

Los factores de atribución son aquellas conductas que justifican la transmisión de los efectos económicos del daño de la víctima al responsable del mismo. Tratándose de responsabilidad contractual el factor de atribución lo constituye la culpa, la cual presenta tres grados de intensidad: el dolo, la culpa leve y la culpa inexcusable, los cuales se encuentran previstos en los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil, donde se precisa lo siguiente: "Dolo, Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación. Culpa inexcusable, Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación. Culpa leve, Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Precisamos que el dolo debe entenderse en el sentido de la conciencia y voluntad del empleador de no cumplir las disposiciones contractuales sobre seguridad y salud en el trabajo. En cuanto a la culpa inexcusable, está referida a la negligencia grave por la cual el empleador no cumple las obligaciones contractuales en materia de seguridad y salud en el trabajo. La culpa leve se presenta cuando no se llegase a probar el dolo o la culpa inexcusable y el empleador no logre acreditar que actuó con la diligencia debida, funcionará la presunción del artículo 1329 del Código Civil, considerándose que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve y por ello deberá resarcir el daño pagando una indemnización. En consecuencia, el trabajador víctima de un accidente de trabajo puede invocar contra su empleador como factor de atribución, el dolo o la culpa ***(Cas. N° 4258-2016-Lima).***

Corresponde al perjudicado probar el dolo o la culpa inexcusable

{Conviene} precisar que estamos frente a una responsabilidad de tipo contractual y, por consiguiente, la prueba del dolo o la culpa inexcusable, en los términos que establece el numeral 1330 del Código Civil, corresponde ineludiblemente al perjudicado por la inejecución de la obligación. En el presente caso, es obvio que quien debe acreditar que la profesional médica actuó con dolo o con culpa inexcusable al practicarse la operación -sustento de la demanda- es la propia demandante, quien arguye ser la perjudicada, lo que no ha sido acreditado con ningún medio de prueba idóneo; siendo inviable, según el espíritu de dicha norma, que la carga de la prueba se invierta en beneficio del, eventual perjudicado ***(Cas. N° 2729-2007-Lima).***

Prueba de los daños y perjuicios

Artículo 1331.- ***La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.***

Concordancias:
C.C. arts. 1321, 1332

JORGE BELTRÁN PACHECO

En el presente precepto normativo tenemos que el sujeto acreedor en cumplimiento de la carga de la prueba que le compete cumplir, tendrá que demostrar el daño tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco, es decir tanto en contenido como en cuantía o medida. En el primero de los aspectos deberá acreditarse la afectación a un interés jurídico amparado por el ordenamiento jurídico y el tipo de afectación (clasificación del daño), mientras que en el segundo de los aspectos tendrá que acreditarse el monto o valoración del daño que el afectado calcule sobre la afectación de sus intereses patrimoniales y no patrimoniales.

La prueba o demostración del contenido del daño[1] dependerá del tipo de afectación del interés objeto de tutela jurídica.

1. Prueba de los daños materiales

Si nos encontramos ante un daño material o patrimonial, podrá demostrarse este mediante un peritaje de daños, como sucede en aquellas situaciones en las que se entrega en lugar de un auto vendido en buen estado de conservación, un vehículo siniestrado, daño que también podría acreditarse mediante una inspección judicial. En este tipo de daños debemos discriminar la carga probatoria dependiendo de si nos encontramos ante un daño emergente (lo que egresa del patrimonio por efectos del daño), en cuyo caso se deberá demostrar que el bien se encontraba en el patrimonio del sujeto antes del evento dañoso y que, como consecuencia de este, ha salido de la esfera patrimonial de la víctima, por lo que en el primero de los casos se requerirá de testigos o de algún otro medio que acredite la existencia del bien como parte del patrimonio (como bien corpóreo o como derecho), por ejemplo, "si en mi patrimonio tenía un automóvil, el cual entregué en alquiler a Juan hace un mes, el que (al haber concluido el plazo del contrato de arrendamiento, según el artículo 1699 del Código Civil) debió ser restituido y no lo hizo porque perdió el auto en un accidente automovilístico causado por su negligencia, entonces podré demostrar que el bien formaba parte de mi

(1) Sobre el contenido del daño Adriano De Cupis nos dice "L'acertamento del giudice in ordine al contenuto del danno, cosí come in ordine alla sua esistenza, dipende dalla prova, il cui onere incombe al danneggiato. É del giudice, ripetiamo, l'attivitá che concretasi nel fisare, oltre all'esistenza, anche l'entitá quantitativa del danno risarcibile; ma questa attivitá é subordinata alla prova incombente al danneggiato. Spetta, per l'appunto, al danneggiato fornire la prova necessaria per formare la convinzione del giudice circa il quantum del danno risarcibile, oltre che circa la sua esistenza: convinzione costituente il presupposto dell'accertamento contenuto nella sentenza liquidativa del danno". Ver: DI CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilitá civile.* Seconda edizione. Vol.1 Dott. A. Giuffré-Editore. Milano, 1966. Del mismo modo Bonasi Benucci nos indica, haciendo referencia a casaciones italianas, lo siguiente: "Es evidente que para que se pueda hablar de resarcimiento ha de haberse producido un daño, y la prueba, al menos de forma general, del mismo, incumbirá al actor: 'la parte interesada debe probar la existencia del daño sufrido aunque el demandado niegue su propia culpa y la atribuya a un tercero, sin oponer ninguna excepción, ni aún genérica sobre la existencia del daño' (Cas. 23 de abril de 1953, N° 1092)". Ver: BONASI BENUCCI, Eduardo. *La responsabilidad civil.* Traducción y notas de Derecho español por Juan Fuentes Lojo y José Peré Raluy. José M. Bosch Editor. Barcelona, 1958.

patrimonio mediante la exhibición del documento contractual y con la copia de la tarjeta de propiedad del auto; mientras que demostraré que el auto ya no se encuentra en mi propiedad mediante una inspección judicial o por medio de la copia del atestado policial que describa el accidente y sus consecuencias".

En el caso del lucro cesante[2], deberá demostrarse que el bien dejó de ingresar al patrimonio de la víctima por efectos del daño, así debe acreditarse la expectativa cierta de que el bien hubiera ingresado al patrimonio del demandante, de no haber ocurrido el daño, y que ello implicaría la pérdida de un lucro (beneficio económico), demostrándose lo último mediante cualquier medio probatorio permitido por el ordenamiento jurídico procesal, como es el caso de testigos, declaraciones de parte, inspecciones, entre otros.

Estos daños materiales, como observamos, pueden ser objeto de valoración pecuniaria, es decir pueden ser cuantificados. Ante tal situación, el magistrado al momento de resolver, deberá evaluar si la cuantificación ofrecida por la parte demandante (y la demandada en su contestación) corresponde a la realidad de los hechos. Por tanto, de considerar inadecuada la valoración efectuada, tendrá que resolver indicando su disconformidad y efectuando una valoración conforme a los datos de hecho demostrados. Esta última afirmación, si bien resulta evidente y razonable, no es efectuada por muchos magistrados en nuestro país, quienes solo se limitan a resolver declarando fundada o infundada la demanda, y en algunos casos improcedente o inadmisible.

2. Prueba de los daños inmateriales

Respecto de los daños inmateriales resulta muy difícil la prueba del contenido del daño dado que dicho aspecto intrínseco no es material, lo que impide su cuantificación, siendo posible solo su "estimación", es decir, una descripción probabilística del daño. En el caso de los daños a la persona en su esfera somática (que para un sector son daños morales), tendrá que acreditarse dicha afectación mediante un informe médico legista (peritaje), de un médico particular (prueba de parte) o por medio de fotos que grafiquen las lesiones. Por otro lado, los daños psicológicos se demuestran mediante las pericias psicológicas y psiquiátricas que se apliquen a la víctima, en tanto que los daños morales quedarán a la valoración y determinación del propio juez a partir de un estudio "equitativo" del contexto y de los alcances de la afectación a la estima y buena reputación del sujeto dañado.

En lo que se refiere a la cuantía del daño, dicha valoración dependerá de aspectos objetivos y subjetivos. En los primeros tenemos a los valores que la sociedad asigna a los bienes, sea por el mercado o por cuantificación coloquial, mientras que en los segundos tenemos a todos aquellos aspectos personales que influyen sobre la valoración económica de un bien, el que puede ser superior o inferior al del mercado.

En el caso de los daños inmateriales, en la medida en que no se puede acreditar el valor del daño, podrán efectuarse pruebas del contenido del daño relacionando la afectación moral con otros daños que se vinculan de forma indirecta a este, tal es el caso de los daños materiales indirectos por la pérdida de ingresos al haberse afectado la reputación de un profesional o

(2) Sobre el lucro cesante nos dice el maestro italiano de la Universidad de Turín, Chironi: "hay lucro cesante en la diferencia entre la entidad del patrimonio tal como estaba en el momento de la injuria y la que se tendría por medio de un aumento que no se ha realizado por causa directa del hecho ilícito, y que sin él ciertamente se hubiera obtenido". Ver: CHIRONI, G.P. *La culpa en el Derecho Civil moderno*. Traducción de la segunda edición italiana corregida y aumentada por Bernaldo de Quirós. Tomo II "Culpa extracontractual". Reus. Barcelona, 1949.

el *"good will"* de una marca. Por ejemplo, en el caso del futbolista José Guillermo "Chemo" del Solar, en donde se afirmó que había ingerido drogas prohibidas durante una práctica deportiva, lo que impidió la continuación de su contrato de servicios de entrenamiento con las divisiones inferiores de Real Madrid. En el caso, el desprestigio de la persona influyó en el desarrollo de sus actividades deportivas, lo que constituye un daño patrimonial o material indirecto. También sucedió con el caso Pilsen y la campaña de desprestigio que elaboró Cristal para desprestigiar la buena reputación de esta marca (lo que constituye además un acto de competencia desleal).

3. El nominalismo y el monto del daño

Un aspecto adicional que debemos comentar en torno a la valoración del daño es el concerniente a la devaluación monetaria. Tal como observamos en nuestra jurisprudencia, las indemnizaciones son consideradas "deudas dinerarias" (dado que se materializan en el pago de un monto monetario) que se sustentan en el principio "nominalista", tal como lo dispone el Código Civil peruano en su artículo 1234: "El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado". Este principio establece que el sujeto deudor, al asumir el pago de una deuda dineraria, deberá entregar una cantidad idéntica al "valor nominal" (que es el valor que una moneda expresa en su cuerpo metálico o en el papel) del monto dinerario comprometido, por tanto no interesa si dicho valor no representa (al momento de la restitución o entrega) lo que realmente uno pudo adquirir con la cantidad recibida (es decir, no se toma en consideración el "valor real", que se refiere al poder adquisitivo de la moneda) al momento de asumir la deuda. Por ejemplo, si Juan le entrega, por un contrato de mutuo, a Miguel veinte mil nuevos soles (S/.20,000), y por algún motivo exógeno dicha cantidad pierde valor real (poder adquisitivo), representando un monto ínfimo o diminuto, el deudor (Miguel) igual tendrá que devolver veinte mil nuevos soles (S/.20,000).

Tal como apreciamos, ello no es acorde con la función redistributiva, satisfactoria y equivalente de la responsabilidad civil, puesto que "si el daño representaba al momento del evento dañoso un valor nominal X (el que constituía la cuantía de la pretensión indemnizatoria), al momento de resolver el proceso judicial, el magistrado ordenará a dicho deudor que pague el mismo monto X (nominal) que no cubrirá 'realmente' el costo económico del daño soportado por la víctima". Este problema incrementa la desconfianza en el sistema jurídico y judicial dado que los deudores son incentivados a no pagar sus deudas conforme a lo que "en valor real" asumieron, aumentando el número de acreedores insatisfechos que en futuras ocasiones, o bien no celebrarán nuevos contratos o si los celebran exigirán mayor número de garantías, lo que encarece la contratación.

No obstante existen dos opciones: en primer lugar, contratar en moneda extranjera a fin de que se demande en dicho valor nominal (acorde con el artículo 1237 del Código Civil), y en segundo lugar, que se pacten índices de reajuste automático (que buscan mantener las deudas en valor constante, aunque de forma deficiente, dado que toman como valor de referencia para el cálculo de la tasa del interés a aquella que establecen los Indices de Precios al Consumidor que, como bien sabemos, no representa lo que realmente afronta el consumidor promedio peruano).

DOCTRINA

VENZI, Giulio. Manuale di Diritto Civile italiano. Ottava Edizione Stereotipa Riveduta. Torino. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1938; DE CUPIS, Adriano. Il danno: Teoria Generale della Responsabilitá Civile. Seconda edizione. Vol. 1. Dott. A. Giuffré-editore, Milano, 1966; BONASI BENUCCI, Eduardo. La Responsabilidad Civil. Traducción y notas de Derecho español por Juan Fuentes Lojo y José Peré Raluy. José M. Bosch Editor, Barcelona, 1958; CHIRONI, G.P. La culpa en el Derecho Civil moderno. Traducción de la segunda edición italiana corregida y aumentada por Bernaldo De Quirós. Tomo II, Culpa extracontractual. Editorial Reus S.A. Barcelona, 1949.

JURISPRUDENCIA

Carga de la prueba del resarcimiento en las relaciones laborales

Conforme a la teoría de la responsabilidad contractual prevista en el artículo 1331 del Código Civil, el trabajador además de probar el vínculo laboral por mandato del inciso 1) del artículo 27 de la Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 26636, solo está obligado a probar que sufrió el accidente de trabajo, así como los daños sufridos como consecuencia del mismo. Asimismo, la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 29497, en su inciso c), numeral 23.3 del artículo 23, referido a la carga de la prueba establece que cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o extrabajador, tiene la carga de la prueba de la existencia del daño alegado ***(Cas. N° 4258-2016-Lima).***

Prueba del daño moral en la responsabilidad contractual

{S}iendo el daño moral uno de los múltiples daños psicosomáticos que puede lesionar a la persona, este debe ser considerado como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto, en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento; asimismo, conforme lo establece el artículo 1331 del Código Civil, corresponde a la parte actora acreditar los daños y perjuicios alegados, sin embargo, el demandante no presentó medio probatorio alguno que acredite el menoscabo sufrido ***(Cas. N° 15294-2015-Lima).***

Valorización equitativa del resarcimiento

Artículo 1332.- ***Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.***

Concordancias:
C.C. arts. 1321, 1331

JORGE BELTRÁN PACHECO

El presente artículo recoge la regla general normativa de la "equidad", la que tiene un contenido conceptual diverso dado que no significa necesariamente "lo justo", sino hace referencia a lo que "el juez según su sana crítica y la valoración de las circunstancias dispone". Esta valoración se refiere a los daños inmateriales o también conocidos como "daños morales" que son aquellos en los que se afectan intereses jurídicos que carecen de un correlato concreto, como son "la salud, la vida, el honor, la libertad, entre otros".

Así se cumple con lo dispuesto en el Código Civil en su artículo VIII del Título Preliminar: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano". Del mismo modo, el Código Procesal Civil dispone en su artículo VII del Título Preliminar "El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

Si bien es cierto las partes tienen la carga de demostrar sus pretensiones, tal como lo hemos señalado en anteriores comentarios, en algunas circunstancias el juez puede apreciar la dificultad que estas experimentan para acreditar los hechos alegados (como sucede en el caso de los daños morales), lo que no puede ser impedimento para resolver el conflicto de intereses y lograr la paz social con justicia, que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil exige.

Sobre el tema nos dice Bonasi Benucci[1] citando una casación italiano, lo siguiente: "El magistrado de instancia puede recurrir al criterio de liquidar equitativamente el daño cuando no considere atendibles o exactos los datos facilitados por la parte acreedora y no tenga otros medios a su disposición para concretar con exactitud la verdad y cuantía precisa del daño sufrido por la víctima del hecho ilícito de un tercero (Cas. 15 de junio de 1951, N°1.528; 11 de mayo de 1955, número 1.347; 24 de abril de 1950, N° 1.097; en la doctrina, véase DUNI, La valutazione equitativa del danno secondo il nuovo libro delle obligazioni, en Circ. Strad., 1941, 729; DI BLASI, il giudizio di equitá, en Giur. It., 1941, IV, 75)". Pero el mismo autor nos señala una afirmación que resulta pertinente en nuestro sistema judicial: "No puede el juez, sin embargo, sustituir las comprobaciones técnicas requeridas por las partes, por un criterio genérico de equidad que lo dispense de indicar los elementos concretos sobre los cuales

(1) Ver: BONASI BENUCCI, Eduardo. *La responsabilidad civil.* Traducción y notas de Derecho español por Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy. José M. Bosch Editor. Barcelona, 1958. Sobre el mismo tema Adriano De Cupis nos dice "Abbiamo detto (n. 91) che la valuazione equitativa trova applicazione nel difetto della prova, derivante da obiettiva impossibilitá di prova esatta e completa o da insufficienza della svolta istruzione probatoria. Aggiungiamo ora che, per quanto riguarda il danno non patrimoniale, il difetto della prova sempre deriva da obiettiva impossibilitá della stessa prova". Ver: DE CUPIS, Adriano. *Il danno: Teoria generale della responsabilitá civile.* Seconda edizione. Vol. 1. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1966.

fundó su apreciación. Su facultad discrecional, encuentra obstáculo en el hecho de que existan en el proceso elementos bastantes para precisar el daño o cuando se hayan utilizado medios de prueba idóneos para establecer la exacta cuantía, y tales medios sean legalmente admisibles".

Finalmente, debemos indicar que dicha resolución judicial podría ser objeto de impugnación, acorde con los derechos que les asisten a las partes del proceso, pero tal recurso deberá sustentarse en datos de demostración que acrediten el error en la apreciación equitativa del magistrado, lo que finalmente resultará un "círculo vicioso" puesto que el magistrado que en alzada conozca el recurso también utilizará su "criterio equitativo" para evaluar el error judicial y determinar los alcances de su resolución.

DOCTRINA

DE CUPIS, Adriano. Il danno: Teoria Generale della Responsabilitá Civile. Seconda edizione. Vol. 1. Dott. A. Giuffré-editore, Milano, 1966; BONASI BENUCCI, Eduardo. La Responsabilidad Civil. Traducción y notas de Derecho español por Juan Fuentes Lojo y José Peré Raluy. José M. Bosch Editor, Barcelona, 1958.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Daño moral: evaluación equitativa por parte del juez

{E}l juez de la causa considera que el daño no se ha probado con su monto preciso, pero no explica cómo resulta la cantidad que primero estima en ocho mil soles y luego determina en diez mil, y que la de vista revoca para establecer el monto de la consideración inicial. La autorización del artículo 1332 del Código Civil, norma que es de contenido procesal, requiere una explicación del juzgador, el que debe indicar cuál es el monto que se ha probado y cuál es el que se estima, pues de otro modo resulta en una decisión arbitraria. El juzgador debe indicar cuáles parámetros o referentes ha tenido para determinar la cantidad (Cas. N° 579-2005-Lima).

Valoración judicial del daño

{El artículo 1321 del Código Civil se encuentra} referido a la prueba de los daños y perjuicios, el cual corresponde al perjudicado, que si bien no ha sido expresamente citado por las instancias de mérito, sin embargo, de su fundamentación se evidencia su aplicación, pues, se ha establecido que la parte demandada ha causado daño al accionante al no haber desembolsado los montos consignados con los pagarés, lo que no ha quedado establecido es el monto de los daños, en tal supuesto el artículo 1332 del mencionado Código faculta al juzgador a fijarlo equitativamente, tal conforme los han determinado las instancias de mérito, por lo que este extremo de la denuncia casatoria debe también ser desestimada (Cas. N° 1708-2008-Piura).

Cuantificación equitativa del daño moral

Los artículos 1322 y 1332 del Código Civil, establecen que el daño moral, cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento, y si el mismo no pudiera ser probado en monto preciso, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa; siendo que, en caso de denegatoria del otorgamiento de pensión, se configura dicho daño, al ocasionar aflicción, angustia y ansiedad en el pensionista, no obstante reunir los requisitos establecidos en la ley para su otorgamiento (Cas. N° 1427-2009-Piura).

El artículo 1332 no puede ejecutarse de forma arbitraria e inmotivada

En cuanto al monto del resarcimiento, el artículo 1332 del Código Civil refiere que, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa, esta valoración equitativa no constituye una decisión arbitraria e inmotivada sino que debe utilizarse parámetros que permitan arribar a una decisión orientada a restablecer, en lo posible la situación a los límites anteriores al daño confrontando ello con los hechos sucedidos. Que tratándose de inejecución de obligaciones contractuales (contrato de trabajo) el efecto resarcitorio de la indemnización solicitada no solo está en función del daño moral, regulado como tal expresamente en el artículo 1322 del Código Civil, recoge en su estructura al daño emergente y lucro cesante, a fin de considerar en el quantum de la indemnización por daños y perjuicios que reclama el demandante (Cas. N° 12542-2016-Ica).

Cuantificación equitativa del lucro cesante

En lo relativo al lucro cesante, configurado como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo, se tiene que el monto fijado por las instancias de mérito (...) fue fijado con una

valoración equitativa, al no existir prueba objetiva de la misma; premisa, por demás errada, en tanto, lo previsto por el artículo 1332 del Código Civil: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa", va dirigido a la valoración de los daños inmateriales o también conocidos como "daños morales" que son aquellos que afectan intereses jurídicos que carecen de un correlato concreto, como son la salud, la vida, el honor, la libertad, entre otros. Siendo ello así (...) se tiene que efectivamente, no existe prueba que respalde el monto peticionado por la demandante, menos el monto fijado por las instancias de mérito, lo que conlleva a tener que revocar dicho extremo y declararla infundada por improbada, ello a razón de que la Propuesta Técnica (...) no denota un juicio de probabilidad que permita establecer verosímilmente, que determinado beneficio hubiera tenido lugar, al no aportar circunstancias objetivas que autoricen a inferirlo **(Cas. N° 724-2015-Moquegua).**

Cuantificación equitativa del daño moral y el daño a la persona

{E}n el derecho de daños se pone la mirada en la protección de la víctima, resarcir los perjuicios que haya ocasionado como consecuencia de un acto propio o ajeno, o por el efecto de las cosas u objetos inanimados o de los animales, lo que ha quedado plenamente acreditado en el proceso, por lo que se debe considerar la existencia de un daño a la persona, y daño moral, en este caso a la menor, alumna de la institución educativa demandada (...); es relevante establecer que, el daño a la persona y daño moral son formas para diferenciar al daño patrimonial, resultando de aplicación en cuanto a su resarcimiento lo regulado por el artículo 1332 del Código Civil, por lo que se debe fijar en forma proporcional, sin violentar el principio de razonabilidad considerando la relación de causalidad entre el evento lesivo y el daño producido, esto es, la antijuricidad o la ilicitud del hecho dañoso (...) **(Cas. N° 2077-2013-Lima).**

Puede cuantificarse el daño moral empleando en artículo 1332 del Código Civil

Actuando en sede de instancia, corresponde fijar un monto indemnizatorio que corresponda el daño moral sufrido por el demandante que hace referencia al sufrimiento y aflicción generada. En esa óptica, si bien la falta de precisión en su probanza y que se quiera reparar económicamente el daño no patrimonial, ha llevado a algunos a sostener que en realidad tal daño no debe existir, no es menos verdad que la existencia de daño moral ha sido contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, el que teniendo en cuenta su dificultad probatoria ha prescrito en el artículo 1332 del Código Civil que: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa", norma que si bien está mencionada en el capítulo de inejecución de obligaciones corresponde también usarla en la responsabilidad extracontractual por la unicidad propia de la responsabilidad que pone su atención en la reparación del daño. Ese análisis "equitativo" constituye método supletorio de creación jurídica que de ninguna manera supone arbitrariedad y que debe ser utilizado y aplicado por el operador jurídico en casos como los aquí expuestos. Ello significa de ninguna forma que necesariamente deba otorgarse la indemnización, pero sí que la norma debe ser tenida en cuenta y (...) explicar las razones para su rechazo. Aplicando tal precepto, y siendo que el daño no puede valorizarse en su monto preciso, la valoración debe efectuarse de manera equitativa, lo que supone evaluar en el caso concreto la edad de la víctima y atender a máximas de experiencia de las que se puede colegir la aflicción del padre al producirse la muerte de su hija (...) **(Cas. N° 2890-2013-Ica).**

Cuantificación equitativa del daño causado en las relaciones laborales

{E}ste Tribunal Supremo concluye señalando: i) que el despido arbitrario efectuado en contra del demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, dado que hubo una "falta de ingresos de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima", quien se vio privado de beneficios que hubiera obtenido de haber continuado laborando para la recurrente; ii) que el pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada; iii) que siendo ello así es posible acudir a lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil (dispositivo que ha sido expresamente ignorado por la Sala Superior), norma que expresamente refiere que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa; iv) que dicha valoración equitativa no entraña una decisión arbitraria e inmotivada, pues ello repugna nuestro ordenamiento constitucional, por lo que debe ser necesariamente justificada, utilizando para ello algunos parámetros que le permitan arribar a una decisión que permita restablecer, en lo posible, la situación a los límites anteriores al daño, confrontado ello con los hechos sucedidos; y, v) que ello, precisamente, ha ocurrido en la sentencia de primera instancia cuando utiliza como término de cuantificación la remuneración mínima vital al momento del despido, que representa una cantidad proporcional entre lo que se ganaba y lo que se dejó de percibir **(Cas. N° 2677-2012-Lima).**

Se puede emplear la cuantificación equitativa si no puede probar con exactitud el daño

El presente proceso versa sobre la demanda de indemnización por daños y perjuicios interpuesta (...) a fin de que se le pague la suma de seiscientos cuarenta mil setecientos nuevos soles, en virtud del daño ocasionado por la Dirección General de la Policía Nacional del Perú al pasarlo a la situación de retiro, pese a que no había incurrido en falta alguna, por lo que, mediante acción de amparo, fue reincorporado a dicha institución, debiendo indicarse que el demandante solicita el pago por los conceptos de daño personal (daño al proyecto de vida) y daño moral, así como el lucro cesante y daño emergente. El

juez de primer grado, mediante la sentencia (...), desestima los extremos demandados consistentes en el daño personal y daño emergente y ampara los extremos referidos al daño moral y al lucro cesante. En tal sentido, la Sala Superior –al emitir la resolución impugnada– revocó la sentencia apelada en cuanto al monto del concepto por lucro cesante, fijándolo en la suma de veinticinco mil nuevos soles y la confirmó en lo demás que contiene. Así, el Procurador Público del Ministerio del Interior interpone recurso de casación por defectuosa fundamentación que debe referirse, en estricto, al monto fijado por concepto de lucro cesante, aspecto sobre el cual debe incidir el pronunciamiento de este Supremo Tribunal. Debe señalarse que del análisis efectuado a la sentencia de vista impugnada, se advierte que la Sala Superior incrementó el monto por lucro cesante, en aplicación, claro está, de lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil (...), esto es, el juez utilizando la sana crítica y la valoración conjunta y razonada de las circunstancias puede establecer prudencial y equitativamente el monto indemnizatorio cuando el resarcimiento del daño no pudiera ser probado. En este orden de ideas, se puede concluir que la resolución recurrida en casación contiene una motivación razonada, pues si bien es cierto aquella no es extensa, sin embargo, se aprecia que el razonamiento tiene un sustento fáctico y jurídico que se apoya en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil (Cas. N° 4540-2012-Lima).

La cuantificación equitativa debe tener como premisa fundamental la extensión del daño y no la capacidad económica del dañante

(E)n conclusión el juez en mérito del artículo denunciado puede generar equidad entre las partes, cuando advierte que a pesar que de los medios probatorios aportados al proceso, se demuestra la responsabilidad por parte del demandado, el monto indemnizatorio no ha sido aplicado de manera equitativa, de acuerdo al daño ocasionado; en ese sentido, advirtiéndose que en la sentencia de vista, si bien existe responsabilidad por parte del banco, solamente se considera la capacidad económica de la entidad demandada, para amparar la pretensión en todos sus extremos, no habiéndose fijado la indemnización en base al daño ocasionado por el demandado Banco Interamericano de Finanzas contra el demandante; en consecuencia, no encontrándose adecuado dicho monto, es necesario amparar el recurso de casación interpuesto por no haberse aplicado correctamente el artículo 1332 del Código Civil (Cas. N° 635-2012-Lima).

Se puede emplear el artículo 1322 para calcular el resarcimiento del daño cuando el monto no pudiera probarse

(E)n cuanto al agravio expuesto (...) se alega una falta de motivación en el extremo que reduce la indemnización, sin embargo, fluye de la sentencia de vista, que en ella se exponen las justificaciones que arriban a reducir el monto de la indemnización planteada (...) al indicarse que las pruebas presentadas por el actor, no detallan la existencia de ofertas laborales que se hubieran visto frustradas por la existencia del proceso penal, y que los cálculos realizados por los daños demandados no se encuentran sustentados con medios probatorios, aunado a que la destitución administrativa sufrida por el actor no fue contradicha de manera oportuna; y además, no es cierto que dicho extremo no esté sustentando jurídicamente, pues el propio impugnante reconoce que el juez se ha basado precisamente en el artículo 1332 del Código Civil, cuya disposición faculta al juzgador a valorizar el resarcimiento del daño cuando el monto no pudiera probarse como ocurre en el caso de autos, siendo irrelevante que dicho dispositivo se encuentre ubicado en la parte pertinente del libro de inejecución de las obligaciones, dado que el juzgador al resolver la controversia, puede hacer uso de las disposiciones que la ley sustantiva le otorga (Cas. N° 1817-2010-Lima).

Empleo del artículo 1322 en la responsabilidad civil médica

(S)egún fluye de los medios probatorios acompañados al proceso, particularmente de la historia clínica de la paciente, aquella ha padecido sufrimientos y angustias durante su internamiento en la Clínica San Lucas, con reiterados episodios nauseosos, sin poder dormir bien y con intensos dolores que minaron su autoestima, solo calmándose en presencia de sus familiares, quienes le brindaron su apoyo en todo momento, y a cuya iniciativa se dispuso el traslado de la paciente a otro nosocomio, daños que atañen a su esfera subjetiva y que corresponden ser cuantificados conforme a la facultad que otorga el artículo mil trescientos veintidós del Código Civil, según el cual si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa (Cas. N° 458-2005-Lima).

Valorización equitativa del monto resarcitorio

(L)a indemnización peticionada por la actora ha sido plenamente acreditada, por lo que resultaría irrazonable no otorgarle un monto por los daños y perjuicios ocasionados por el accionar arbitrario de la entidad emplazada, por lo tanto y en mérito a lo determinado, en consecuencia, y estando en ese orden de ideas, conforme se ha determinado previamente, al haberse determinado la existencia de daño emergente y daño moral, y en aplicación del artículo 1332 del Código Civil, que señala: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa"; por lo que este Supremo Tribunal con criterio de razonabilidad y proporcionalidad fija el monto de la indemnización en la suma ascendente de S/ 30,700.00 (Cas. N° 3821-2015-Puno).

Valoración judicial del daño en la inejecución de las obligaciones

Revisada la sentencia de vista, aquella aplica para efectos de establecer el monto indemnizatorio a pagar lo regulado en el artículo mil trescientos treinta y dos del Código Civil, según el cual, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa. Dicha norma se encuentra comprendida en el título de inejecución de obligaciones y sirve como parámetro facultativo del magistrado para efectos de determinar el monto indemnizatorio derivado de la responsabilidad contractual, es decir, de incumplimiento de los contratos (Cas. N° 5182-2006-Cusco).

PLENOS JURISDICCIONALES NACIONALES

Prueba del daño moral y cuantificación

Debe someterse a las reglas de la carga de la prueba del demandante y evaluarse los elementos de la responsabilidad mediante medios probatorios directos e indirectos no siendo suficiente presumir; y los criterios de cuantificación deben ser objetivos (Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil 2017. Acuerdo 3).

CAPÍTULO SEGUNDO
Mora

Sistemas de constitución en mora

Artículo 1333.- *Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.*

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.

3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.

4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

Concordancias:
C.C. arts. 1334, 1342, 1345; C. de C. art. 63; LEY 26887 art. 78

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE(*)

El Derecho peruano mantiene una doble regulación en torno al tema de la mora, ya que la misma se halla legislada en el Código de Comercio, promulgado el 15 de febrero de 1902, y en el Código Civil, vigente desde el 14 de noviembre de 1984.

No obstante que el sistema de constitución en mora previsto por el Código Civil, difiere de la regla general del Código de Comercio, ello no constituye novedad, en la medida en que el Código de 1984 no ha hecho sino recoger los antecedentes uniformes de los Códigos Civiles de 1836, 1852 y 1936.

El Código de Comercio, como su nombre lo indica, no tiene aplicación a todas las relaciones jurídicas que se generan en una sociedad. Los dos primeros artículos de dicho Código son muy claros al respecto, cuando establecen lo siguiente:

> **Artículo 1.-** "Son comerciantes, para los efectos de este Código:
>
> 1. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.
>
> 2. Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código".
>
> **Artículo 2.-** "Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas por las del derecho común.

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otro de naturaleza análoga".

Los preceptos citados del Código de Comercio se encuentran vigentes, ya que no han sufrido modificatoria ni derogatoria alguna a lo largo de más de un siglo desde que se promulgaron.

Sin embargo, hoy en día no resulta muy clara la delimitación de los actos de comercio, en contraste con aquellos otros que resultan propios del Derecho Común o Derecho Civil.

Ello debido a que la actividad mercantil no se circunscribe en los tiempos modernos a un reducido o determinado sector de personas o comerciantes, sino que se extiende a la sociedad en su conjunto y a un gran número de sus actores.

La poco perceptible línea divisoria entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil es descrita con propiedad por Joaquín Garrigues (pp. 28-33), cuando manifiesta que la coexistencia en una misma legislación de un Código Civil y otro Mercantil plantea en primer lugar una cuestión de límites en ambos Derechos, que se resuelve por medio de normas delimitadoras que contiene el Código de Comercio, las cuales sirven para decidir en cada caso cuál de los dos ordenamientos jurídicos se debe aplicar con preferencia a un acto o contrato determinado.

El problema de aplicación de la norma que, según refiere Garrigues, es común a todo el Derecho objetivo, se complica en el Derecho Mercantil con una cuestión de fronteras respecto del Derecho Civil, que ofrece una doble fase: primeramente habrá que determinar si el acto en cuestión es o no mercantil, conforme a la regla del artículo 2 del Código de Comercio (artículo que coincide en numeración en España y en el Perú, pues no debemos olvidar que nuestro Código de Comercio se inspira fielmente en el Código español); en un segundo momento habrá que elegir dentro del Código de Comercio las normas específicas más adecuadas a la situación de hecho de que se trata, aislando esta en sus elementos jurídicamente sensibles y determinando, en fin, las normas del Derecho Civil que en defecto de las genuinamente mercantiles han de ser aplicadas también según el orden establecido en el mismo artículo 2 del Código de Comercio.

Más adelante anota Garrigues que el método de observación de la realidad demuestra que los fenómenos económicos y, por tanto, las exigencias técnicas que dieron origen al Derecho Mercantil como Derecho de los comerciantes, no son los mismos que tienen hoy las grandes empresas mercantiles e industriales. Señala que el tráfico en masa con el público que los caracteriza, hace que hoy el Derecho Mercantil se extienda a todos los ámbitos de las sociedades como un fenómeno de "generalización" u "objetivación".

Además, las operaciones tradicionalmente reservadas a los comerciantes se han hecho patrimonio común de todos los ciudadanos y, de esta forma, se aprecia que desaparece en gran parte de la realidad del tráfico la vieja dicotomía entre contratos civiles y mercantiles (lo que se vio reflejado por el paso unificatorio dado por el Código Civil peruano de 1984, en su artículo 2112, respecto de los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza), y la distinción –por ciertas características– de las obligaciones civiles y mercantiles (como sería el caso de la ausencia o presencia de formalidades, por presumirse la mancomunidad o solidaridad de las obligaciones, etc.).

En definitiva, según Garrigues, se produce una "comercialización del Derecho Civil" y una emigración al campo del Derecho general de las obligaciones de una serie de instituciones que antes regulaban los Códigos de Comercio y, por consecuencia de esto, una reducción del número de los contratos que conservan el calificativo de mercantiles.

Con relación a la oportunidad de cumplimiento de las obligaciones mercantiles, el Código de Comercio establece lo siguiente:

> **Artículo 62.-** "Las obligaciones que no tuvieren términos prefijados por las partes o por las disposiciones de este Código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si solo produjeren acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución".

En torno de la constitución en mora, el tema se encuentra legislado por el artículo 63 del referido Código, norma del texto siguiente:

> **Artículo 63.-** "Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:
>
> 1. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.
>
> 2. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios contra él ante un juez o notario público".

Entonces, queda claro de la lectura de las normas citadas, que el Código de Comercio optó en 1902 por establecer como regla la mora automática para aquellos contratos en los que se hubiere establecido fecha para el cumplimiento de la obligación (vale decir, para aquellas obligaciones que escapan a los alcances del artículo 62).

En cambio, para las obligaciones que no tuvieren términos de pago establecidos por las partes, o por la ley (supuesto del artículo 62), rige el sistema de la mora por intimación, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 63 del Código de Comercio.

Por otro lado, en materia civil el sistema de constitución en mora imperante es el inverso, ya que se establece, como regla general, la mora por intimación y, como supuestos excepcionales, los de la mora automática.

Ello se desprende, lo reiteramos, de la lectura del artículo 1333 del Código Civil, precepto que establece en su primer párrafo la mora por intimación y luego señala los siguientes cuatro supuestos de mora automática:

> **Artículo 1333.-** "Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.
>
> No es necesaria la intimación para que la mora exista:
>
> 1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
>
> 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
>
> 3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
>
> 4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor".

De lo expuesto queda en evidencia que existen dos regímenes legales respecto de la mora. No es el caso ocuparnos de su estudio en esta instancia de nuestro trabajo, en la medida en

que el tema será oportunamente analizado. Pero, para cerrar por ahora la discusión acerca de la pertinencia de aplicar el régimen civil o mercantil, adelantamos nuestra opinión en el sentido de que el régimen civil debe ser tomado como regla, considerando a la mora mercantil como un supuesto más de la excepcional mora automática, en un inexistente *inciso 5* del artículo 1333 del Código Civil.

1. La definición de mora

La mora es una institución jurídica cuya definición ha sido abordada por diferentes autores desde una perspectiva parcial. Algunos de ellos han resaltado profundamente su elemento objetivo, es decir, el retardo o retraso.

En este sentido, la mora es concebida desde su acepción etimológica (deriva del latín *mora* o *morae*), como un retraso, tardanza o demora en la ejecución de la prestación. En tal virtud, existe una fuerte vinculación con el factor tiempo.

En esta línea de ideas, Alfredo Colmo (p. 73) considera que existe mora cuando se deja de cumplir en tiempo debido una obligación.

Por su parte, Joaquín Escriche (p. 1390) comparte la definición de Colmo, pero con ligeras variantes, ya que sostiene que "mora es la dilación o tardanza de alguna persona en cumplir con la obligación que se había impuesto".

Esta clase de definiciones se caracterizan por ser incompletas, ya que al prever exclusivamente el elemento objetivo, dejan fuera del concepto de mora a determinados elementos y circunstancias sin los cuales es imposible comprender esta institución. Por tal motivo, este tipo de definiciones peca por defecto.

Al respecto, José Ignacio Cano (p. 18) considera que el retardo por sí solo (sin culpa del que se retrasa, sin ofrecimiento o intimación) tiene poca significación jurídica y no crea una situación de mora. El deudor, al retrasarse en el cumplimento de su obligación, solo infringe su deber jurídico, pero no surge la mora. En este sentido, mora y retardo son conceptos que no coinciden automáticamente, siendo por esto que se señala que la mora es un retardo cualificado.

Debe tenerse en cuenta, por tanto, que identificar la mora como un simple retardo es peligroso, pues las consecuencias jurídicas que cada una de estas situaciones desencadena son totalmente diferentes.

Señala José Cano que el simple retraso, sin necesidad de haberse constituido en mora, llegará a producir el importante efecto de la opción para la resolución del contrato a favor del acreedor, cuando se pactó un plazo esencial o cuando, sin existir cláusula en este sentido, la esencialidad del término se puso de manifiesto en el hecho de que vencido este, la prestación resultaba absurda o inútil.

En cambio, según Antonio de la Vega Vélez (pp. 148 y 149), los efectos propios de la mora son la acción indemnizatoria de perjuicios, la acción resolutoria del contrato, la acción de responsabilidad por la pérdida fortuita de la cosa, o también los efectos especiales que los contratantes válidamente hayan querido atribuir a esa figura.

Ernesto Wayar (p. 122) sostiene que la palabra *retraso* o *retardo*, que hace referencia a la dilación, es solamente el sustrato material del instituto que no es suficiente para diferenciarlo de otras situaciones (mero retardo, incumplimiento definitivo, etc.), con las cuales presenta

una marcada identidad objetiva. Además, no es el retardo lo que caracteriza a la mora, sino la multiplicidad de efectos que genera.

También es pertinente señalar que las definiciones que solo consideran el elemento objetivo de la mora (el retraso), son aplicables únicamente a la mora *solvendi* o *debitoris* (es decir, la mora del deudor), ya que se centran en el retardo en el cumplimiento de una obligación. De esta manera, no se toma en cuenta la posibilidad de que el acreedor incurra en mora a través de su falta de cooperación con el deudor para que este cumpla con su obligación. Con esto, se estaría desvirtuando la necesaria unidad conceptual de la mora.

Por otro lado, existen autores que definen el instituto de la mora relevando su elemento subjetivo (culpabilidad). En este sentido se pronuncia Chironi (citado por WAYAR, p. 787), quien afirma que "la mora es culpa".

María Dolores Gramunt (p. 97) expresa que la mora –entendida como incumplimiento imputable al deudor– supone negar la existencia de mora no culpable. De esta manera, se tiene que la relación entre culpa (o dolo) y mora es de causa a efecto; solo habrá mora si existe una causa que la produzca. Desde este punto de vista, la eficacia material de la culpa y el dolo en el cumplimiento es originar la mora del deudor; su eficacia jurídica consistirá en fundamentar la responsabilidad del deudor. El caso fortuito, en cambio, es considerado materialmente como causa de daños, pero no de mora; su eficacia jurídica se traduce en la no existencia de infracción obligacional. De todo lo dicho se desprende que si hay mora, los daños serán indemnizables; en cambio, si hay caso fortuito, no lo serán.

En esta línea de pensamiento, Rojina Villegas (p. 205) considera que la mora es el injusto retardo en el cumplimiento de una obligación exigible. El retardo debe ser injusto, pues es posible que existan causas que lo justifiquen, como son el caso fortuito, la fuerza mayor o la conducta del acreedor, y es en estos supuestos que el deudor no incurrirá en mora.

Rosendo Badani Chávez (p. 147) sostiene que la mora en general es el retardo del deudor en el cumplimiento de la obligación, pero para considerarla como un estado jurídico deben concurrir en ella dos elementos: la imputabilidad del deudor, o sea un retraso culpable, y la posibilidad de cumplimiento de la obligación.

El elemento subjetivo de la mora no es suficiente para definir esta institución ya que, de acuerdo con el artículo 1333 del Código Civil, existirá como regla, desde que se dé la intimación (o requerimiento), y sin esta solo habrá mora en los casos mencionados por la propia norma.

En este sentido, D'Avanzo –citado por Jorge Peirano (pp. 12 y 13)– considera que no hay ninguna dificultad en concebir situaciones en las que el deudor incurre en retardo culpable, sin por ello incurrir en mora; en puridad, sin retardo injusto o culpable no puede existir mora, pero esta no se identifica con aquel, porque si bien es cierto que el retardo injusto es un presupuesto de la mora, no es menos cierto que él no la crea de por sí, sin que deba concurrir la existencia de otras circunstancias, como por ejemplo el requerimiento judicial o extrajudicial.

Dentro de tal orden de ideas, para Emiliani Román (pp. 273 y 274) la mora es el requerimiento judicial del acreedor al deudor para que le pague, o el requerimiento del propio contrato a través del plazo expresamente estipulado, o por plazo precluyente para el cumplimiento de la obligación, o por requerimiento de la ley. De esta manera, si el acreedor no requiere al deudor para que cumpla con su obligación es porque no está interesado en ello y tácitamente prorroga su cumplimiento. Esta actitud pasiva, a su vez, implica que el incumplimiento no lo perjudica y, por consiguiente, no hay perjuicios que reclamar ni que pagar.

Las definiciones que gozan de mayor rigor científico son aquellas que combinan adecuadamente el elemento objetivo (retraso), el elemento subjetivo (culpabilidad) y el elemento formal (interpelación).

Así, Puig Peña (p. 126) afirma que la mora es el retraso culpable en el cumplimiento de una obligación que, debido a su naturaleza o en virtud del requerimiento del acreedor, debe ser satisfecha, siempre que la tardanza no sea obstáculo para que la obligación pueda cumplirse después del vencimiento, con interés y utilidad para el acreedor.

Para Ernesto Wayar (p. 128), la mora puede definirse como "la situación anormal de retraso en el cumplimiento por la que atraviesa una obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor o este rehúsa las ofertas reales que se le formulan, y que subsiste mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil".

La mora –según el citado profesor– es una situación anormal de retraso en el cumplimiento de una obligación, ya que la conducta realizada no es igual a la debida (supuesto de incumplimiento); es decir, el comportamiento de la persona es antijurídico, anormal e injusto. Además, con la palabra *situación* el autor quiere indicar que el vínculo jurídico perdura (aunque transformado por el incumplimiento), vale decir acreedor y deudor permanecen relacionados jurídicamente.

La mora subsiste en tanto la ejecución tardía sea posible y útil, y termina cuando esta posibilidad se desvanece; pero hasta aquel momento hay mora; de ahí en adelante, la situación es de incumplimiento absoluto.

En este sentido, José Puig Brutau (p. 485) sostiene que existirá mora, en lugar de incumplimiento definitivo, siempre que la prestación no esté sometida a un término esencial absoluto; lo que significa que el interés del acreedor no se halle limitado a que la prestación tenga efecto solo en un momento determinado. En cambio, cuando verdaderamente se trate de un término esencial absoluto, el retraso equivale a un incumplimiento total.

José Cano (p. 16) considera que sería de gran utilidad para discriminar entre mora e incumplimiento de la obligación, separar los efectos exclusivamente secundarios de aquella (por ejemplo, el traspaso del riesgo del perecimiento de la cosa a la parte morosa) del efecto sustancial de este, así como reconocer la existencia de un elemento de naturaleza teleológica en la mora –a pesar de que la doctrina lo desconozca o no se preocupe en considerarlo–. Este elemento, según el citado autor, es la finalidad objetiva de la mora, es decir lo que esta busca, lo que se traduce en que para la existencia de esta institución sea necesario que la prestación del deudor siga teniendo interés jurídico para el acreedor, por serle todavía útil.

Es pertinente señalar que existe la posibilidad de que no se configure la mora no solo cuando el acreedor no tenga interés jurídico en recibir la prestación (supuesto de incumplimiento), debido a que esta carezca de utilidad, sino también cuando el deudor se vea imposibilitado de cumplir (caso fortuito, fuerza mayor) o simplemente no tenga interés en hacerlo por serle inútil la prestación recíproca correspondiente a ese acto de cumplimiento (CANO, p. 14). Además, si el incumplimiento de la obligación se vuelve definitivo, no es la teoría de la mora la que tendrá que aplicarse, sino la de la inejecución total de la obligación.

En lo concerniente a que la mora debe darse cuando exista una obligación exigible, Giorgi —citado por Wayar (ibídem)— es de opinión que el retraso en el cumplimiento debe sobrevenir al momento en que la obligación se torne exigible. Esto implica no solo la inexistencia

de plazo o condición, sino además que debe tratarse de obligaciones dotadas de acción, y que el objeto de la prestación sea cierto en el *quid* o en el *quantum*.

En este sentido, Wayar refiere que un aspecto importante a tomar en cuenta es que no siempre el momento de constitución en mora coincide con el momento en que la obligación se hace exigible. Es evidente que entre exigibilidad y mora existe una íntima vinculación, pero dichos conceptos no llegan a confundirse. El primero es el *prius* lógico y cronológico del segundo; no puede haber mora si antes la obligación no se hizo exigible.

Para Antonio de la Vega Vélez (pp. 148 y 149), la mora es el retraso contrario a derecho que sufre el deudor en el cumplimiento de su prestación, a causa de un hecho que le es imputable. Además, es indispensable, por regla general, que el acreedor requiera o reconvenga al deudor para que cumpla la obligación. En este sentido, el autor sostiene que la mora puede sobrevenir de dos maneras: automáticamente, cuando el deudor ha dejado vencer el término contractualmente estipulado o pasar el tiempo útil sin dar cumplimiento a su prestación; o por acción del acreedor, mediante interpelación o requerimiento.

Consideramos que esta definición, a pesar de tomar en cuenta los elementos objetivos (retraso), subjetivos (culpabilidad) y formales (interpelación) de la mora, es incompleta, ya que no logra abarcar en el concepto la mora del acreedor, limitándose solo a la mora del deudor.

Con relación a este punto, Ernesto Wayar piensa que la definición de la mora debe comprender tanto la mora del deudor como la del acreedor. De esta manera, la inconducta del deudor se concretará cuando este, culposa o dolosamente, no satisfaga oportunamente la expectativa del acreedor. A su turno, el acreedor se hallará en mora cuando se niegue, culposa o dolosamente, a prestar la cooperación necesaria para lograr la extinción de la relación obligacional y, además, que el deudor le haya formulado a este ofertas reales de cumplimiento. En tal sentido, la simple negativa a recibir la prestación no basta para la configuración de la mora. Esta inconducta del acreedor constituye su elemento objetivo o material, el cual necesita complementarse con el elemento formal constituido por el ofrecimiento real de pago.

Hasta aquí las opiniones más importantes de los diferentes autores consultados en torno al concepto de la mora.

De las definiciones citadas, que constituyen una muestra representativa del tema, hacemos nuestras las palabras del profesor Ernesto Clemente Wayar, por considerar que la suya es la definición más completa y precisa sobre mora, ya que en ella se comprenden todos los elementos necesarios de la institución.

Así, la mora es una situación de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento, que manifiesta la preservación o continuación de existencia del vínculo jurídico u obligación al que está referida.

Se trata –además– de una situación anormal, en la medida en que lo normal hubiese sido que se produjera el cumplimiento de la obligación; y el carácter de anormalidad está dado, precisamente, por cuanto no se está produciendo el decurso normal en la vida de la relación obligatoria, la misma que, conforme ha sido expresado oportunamente, debió *morir* por el pago (medio idóneo de extinción) o a través de cualquier otro medio extintivo de las obligaciones.

En otras palabras, en tanto la obligación haya sido extinguida, sea cual fuere el medio contemplado en la ley que haya conducido a tal extinción, no estaríamos en presencia de una situación anormal.

2. Elementos contenidos en la definición de mora que hemos adoptado

2.1. El retraso.- Resulta necesario hacer hincapié en que el retraso en el cumplimiento constituye elemento indispensable para la existencia de la mora. Es evidente que no podría haber mora sin retraso o demora en el cumplimiento. Antes de que se produzca el retraso o la demora, sería imposible que se presentara el fenómeno moratorio.

De acuerdo con lo expresado, y al adoptar el Derecho Civil peruano como regla general aquella de la mora por intimación, resulta evidente que no toda demora o retraso determinará la constitución en mora, ya que podría no haber habido intimación.

Pero dentro del esquema peruano, cuando hay mora siempre habrá demora, ya que –sea por intimación o por tratarse de mora automática– necesariamente debe haber retraso en el cumplimiento.

En adición a lo señalado, cabe indicar que si el deudor cumpliera ulteriormente con pagar aquello que debe, luego de haber sido constituido en mora, dicho pago pondría fin al fenómeno moratorio (en tanto no seguirá habiendo mora si ya se ha pagado), pero la desaparición de la mora no suprimirá el hecho de que se haya pagado tardíamente.

2.2. La existencia de una obligación exigible.- Dentro de la definición de mora que hemos adoptado, se hace referencia a que la situación moratoria implica la existencia de una obligación exigible. Sobre el particular ya nos hemos pronunciado, motivo por el cual remitimos al lector a los comentarios vertidos.

2.3. Que el incumplimiento se deba a causa imputable.- Luego, hemos hecho referencia a la necesidad de que la obligación se encuentre en situación de incumplimiento, debido a una causa imputable.

Esta característica es indispensable para que se configure la mora.

Si en lo que respecta a la responsabilidad objetiva se cuestiona la vigencia de la vieja frase del Derecho francés "no hay responsabilidad sin culpa" (*pas de responsabilité sans faute*), no se podría aplicar este cuestionamiento a la situación de mora.

Ello obedece a que el retraso –para poder ser moratorio– debe ser necesariamente culposo o doloso, lo que significa que tiene que haber culpa o dolo en el sujeto que queda constituido en mora, ya sea deudor o acreedor, salvo los casos excepcionales de la mora objetiva.

En caso de que se trate de la mora debitoria, supuesto más frecuente en la práctica, mal podría imaginarse que el deudor fuese constituido en mora si su incumplimiento obedeciera a un caso fortuito, fuerza mayor, o si incumpliese a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil peruano de 1984). Esto es así ya que la mora implica un requerimiento, sea explícito, implícito o automático, cuya finalidad es que el deudor cumpla con la prestación debida, independientemente de que dicho cumplimiento ya no revista carácter oportuno.

Y sería impensable que se le exija cumplir, si precisamente no puede dar cumplimiento a la obligación debido a una causa que no le resulta imputable, y cuya remoción tampoco le es posible. De allí que solo será factible que se produzca la mora cuando el deudor pueda, ya sea venciendo su poca diligencia, su negligencia o su mala voluntad, remover el impedimento que llevó a que no ejecutara la prestación debida.

2.4. Que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor.- La siguiente característica es que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor. Con ello simplemente se hace alusión a que el cumplimiento no se produzca en la fecha prevista, de conformidad a lo explicado en este estudio.

2.5. Que el acreedor rehúse las ofertas reales que se le formulan.- Por otra parte, la definición adoptada hace referencia a cuando el acreedor rehúsa las ofertas reales que se le formulan.

Aquí, sin duda, se está aludiendo a la denominada mora del acreedor.

Esta es una figura que surge como necesidad de regular los supuestos en los cuales el deudor no puede cumplir porque su acreedor se niega a aceptar el pago o a colaborar para que el mismo se produzca.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1338 del Código Civil peruano, "El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación".

Es claro que en el caso de la mora del acreedor debe seguirse similar criterio que el aplicado para la mora del deudor, especialmente en lo referido a que no bastará para que el acreedor se encuentre en mora con el hecho de que haya transcurrido el plazo de cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Ello se debe a dos razones: la primera a que el artículo 1238 del Código Civil establece como regla general, respecto al lugar de pago, que debe efectuarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que es en principio el acreedor quien debe concurrir a cobrar al deudor, de modo tal que en ausencia de cobro no podría decirse que el acreedor ha rehusado el pago, ni mucho menos que ha rechazado alguna oferta real, pues simplemente no se le habría formulado ninguna. Y, la segunda, que el Código Civil ha adoptado como regla general el *principio dies non interpellat pro homine* (el solo paso del tiempo no interpela por el hombre). En ese orden de ideas, será necesaria la intimación del deudor al acreedor para que reciba el pago o cumpla con los actos requeridos o, en su defecto, el remoto supuesto de que en esas circunstancias se hubiera pactado mora automática en perjuicio del deudor.

2.6. Que la situación de mora subsista mientras la prestación sea posible.- Otro de los elementos de la definición anotada se basa en que la situación de mora subsista mientras que la ejecución de la prestación, aunque tardía, sea posible. Resulta evidente que para haber nacido jurídicamente válida, una obligación tiene que ser física y jurídicamente posible (argumento del artículo 140, inciso 2, del Código Civil peruano).

Entonces resulta claro que cuando se hace referencia, en la definición anotada, a que la prestación deba seguir siendo posible, estamos aludiendo a que ella continúe siéndolo al momento de la constitución en mora, ya que de lo contrario se daría el contrasentido de exigirse el pago de una prestación que no resultase posible de ejecutar; y, si ello fuese así, no habría mora. Además, es obvio que persistirá la situación de mora precisamente mientras resulte posible el cumplimiento, pues si en pleno fenómeno moratorio sobreviniese la imposibilidad, acabaría la mora y a la vez se extinguiría la obligación.

2.7. Que la ejecución de la prestación todavía resulte útil para el acreedor.- Finalmente, y para concluir con nuestras apreciaciones sobre la definición adoptada, debemos señalar que la mora subsiste mientras que la ejecución de la prestación, aunque tardía, todavía resulte útil para el acreedor.

En ese sentido, finalizaría la mora en la medida en que sobrevenga la inutilidad del cumplimiento de la prestación. Debemos admitir que la apreciación de la utilidad o ausencia de utilidad de la prestación, usualmente podrá revestir caracteres de orden objetivo, vale decir, fácilmente verificables, pero en otros casos podrá tener características eminentemente subjetivas, cuyo juzgamiento en los tribunales deberá ser apreciado por los jueces en estricto orden a la naturaleza del contrato celebrado y al interés del acreedor en la obligación incumplida.

Conforme a lo establecido por el artículo 1337 del Código Civil peruano de 1984, "Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, este puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios".

Como ya se expresó, uno de los requisitos para que exista mora, es que la prestación adeudada todavía resulte útil para el acreedor, lo que significa, en otras palabras, que ella le sea de interés; vale decir, que el acreedor espere su cumplimiento por parte del deudor, ya que el mismo le reportará los beneficios que esperaba al momento de haber contraído la obligación.

Uno de los temas más controvertidos en torno a los elementos constitutivos de la mora, como ya lo señalamos, es, sin duda, el de la utilidad que el cumplimiento tardío reporta al acreedor, ya que este último será el único que –en la práctica– podrá señalar con exactitud cuándo el futuro cumplimiento de la prestación que viene siendo incumplida, ya no le resulta útil.

Evidentemente, a menos que se hubiese causalizado el motivo por el cual se celebraba el contrato del cual nacía la obligación, en muchos casos la utilidad o inutilidad no dejará de ser un elemento cuya valoración personal quedará íntegramente en manos del acreedor.

No obstante, debemos admitir que existen situaciones en las cuales el tema de la utilidad o inutilidad resultará relativizado por la naturaleza de la prestación.

Concretamente, estamos pensando en el caso de las obligaciones dinerarias, habida cuenta de que resultaría muy difícil que el acreedor pudiese sostener que el pago de una cantidad de dinero debida pueda resultar inútil considerado en sí mismo. Para tal efecto, tendríamos que asumir que el pago de cantidades de dinero en algunas circunstancias no resulta útil a las personas; situación que difícilmente se presentará en la práctica, porque será casi imposible demostrar que el dinero es inútil para alguien.

No obstante lo señalado, debemos considerar que el análisis de la utilidad o inutilidad de una prestación –en lo que respecta al tema moratorio– no deberá ser apreciado considerando de manera aislada a la obligación pendiente de cumplimiento, ya que muchas veces resultará indispensable estudiar la utilidad o inutilidad de una prestación en función del contrato en su conjunto, lo que implicará decidir si esa prestación, en un eventual futuro cumplimiento, devendrá en conveniente o inconveniente al acreedor, en torno de la relación jurídica contractual apreciada de manera global.

Por lo menos, siguiendo este criterio, la utilidad o inutilidad de las diversas prestaciones podrá ser apreciada de una manera más coherente y acorde con la naturaleza de lo que las partes han querido obtener de provecho al relacionarse jurídicamente, ya que muchas veces estas situaciones no podrán percibirse con claridad de manera aislada, sino a través de un razonamiento en conjunto.

Como ya lo manifestamos, el artículo 1337 del Código Civil dispone que si la obligación por la que el deudor ha sido constituido en mora resultase sin utilidad para el acreedor,

este podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

En lo que respecta al primer extremo de la norma, el mismo resulta acorde con la naturaleza de la inutilidad de las obligaciones, ya que un actuar consecuente en caso de que la obligación resulte inútil para el acreedor, es que este último rehúse aceptar su cumplimiento. Lo contrario sería absolutamente contradictorio.

Por otra parte, si el acreedor hubiese aceptado el pago, ello significaría que al momento de aceptarlo habría convenido en que la prestación le resultaba útil.

Si el acreedor hubiese cambiado de parecer posteriormente, y aquello que le pareció útil luego le resultaba o creyera que le resultare inútil, tal situación no debería tener relevancia para el Derecho, debiéndose considerar que el deudor que se encontraba en mora habría purgado su estado moratorio, habiéndose producido el pago de la obligación.

En este sentido, el acreedor solo podría reclamar al deudor el pago de los daños y perjuicios de carácter moratorio que eventualmente se hubiesen devengado. No podríamos hablar de daños y perjuicios compensatorios.

En lo que respecta a la segunda parte del artículo 1337 del Código Civil peruano, esta establece que si el acreedor rehusase el cumplimiento por la inutilidad de la obligación, tendrá derecho a exigir del deudor el pago de los daños y perjuicios de carácter compensatorio.

Esto resulta absolutamente natural, en la medida en que estaríamos hablando de un incumplimiento de carácter definitivo y, como se sabe, los daños y perjuicios compensatorios son aquellos destinados a indemnizar el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento parcial o defectuoso.

3. Requisitos de la situación de mora del deudor

En principio, y como hemos visto, los requisitos o elementos esenciales para que se configure la situación de mora del deudor son el retraso –elemento objetivo o material–, la culpabilidad –elemento subjetivo– y la interpelación –elemento formal–.

Excepcionalmente se podrá prescindir del elemento formal en los casos de la mora *ex re* o mora sin interpelación, prevista por los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 1333 del Código Civil y por la regla general del Código de Comercio.

3.1. El retardo en el cumplimiento de la conducta debida.- Para abordar adecuadamente el tema que nos ocupa, es necesario analizar lo que significa la figura del incumplimiento, ya que cuando nos referimos al retraso en el cumplimiento de una obligación, inevitablemente debemos pensar en la existencia de un incumplimiento (en el sentido de cumplimiento tardío).

Al respecto, Ernesto Wayar (pp. 494-497) define el incumplimiento como "la situación anormal de la relación de obligación, originada en la conducta antijurídica de cualquiera de los sujetos vinculados, que impide u obstaculiza su realización". Este incumplimiento influye sobre el vínculo obligatorio en dos acepciones: extinguiéndolo (frustrando al acreedor), o prolongándolo (impidiendo la liberación del deudor).

Añade el autor citado que el incumplimiento es siempre una conducta contraria a Derecho, con fuerza suficiente para modificar el desenlace normal de la obligación, que nació para ser cumplida, pero que puede tener un fin distinto. De esta manera, el incumplimiento se

configura con la sola trasgresión del plano normativo, lo que permite considerar que el mero retardo es una especie de incumplimiento, sin que sea necesario reprochar al sujeto culpabilidad alguna. En este sentido, la falta de cooperación del acreedor elimina la culpa del deudor. Sin embargo, el retardo en que incurra, debido a esa causa, será siempre un ilícito objetivo, es decir, un incumplimiento.

En síntesis, el retraso es la demora en el cumplimiento de la obligación debida, originada por la actitud del deudor de dejar transcurrir el tiempo de pago sin ejecutar la prestación, dilatando, de esta manera, la extinción del vínculo jurídico que lo une con el acreedor. Aquí el retraso se traduce en la disconformidad que se aprecia entre la conducta efectuada por el deudor con la conducta debida por él.

Respecto al tema del incumplimiento, es necesario poner el acento en que el retraso –como uno de los elementos esenciales para la configuración de la mora del deudor– debe ser un incumplimiento relativo, no absoluto, para que exista la posibilidad de que el deudor pueda llegar a cumplir su prestación aunque sea tardíamente.

Uribe Holguín (pp. 113-115), por su parte, sostiene que lo que diferencia al retardo de la inejecución absoluta y de la ejecución imperfecta es la circunstancia de que estas dos últimas formas de falta de pago son definitivas, en el sentido de que no es posible –o no es admisible– que el deudor aún pague o rehaga el pago; en cambio, en el retardo se observa una falta de pago con carácter transitorio. Esto se produce en virtud de que el deudor no ha pagado nada, o ha pagado mal, pero todavía se le admite que cumpla con el objeto no ejecutado en absoluto, o que rehaga, corrija o complete la ejecución que, por concepto de calidad o de cantidad, realizó imperfectamente.

El autor citado precisa, además, que el retardo puede tener por causa el hecho u omisión del propio deudor, o también puede ser una fuerza mayor o caso fortuito determinante de imposibilidad pasajera de pagar, como es el caso del embargo y secuestro de la cosa. En este sentido, se pregunta si la causa del retardo es el hecho o la omisión del deudor, y si estos fenómenos implican necesariamente dolo o pueden provenir de mera culpa.

Al respecto, Uribe Holguín refiere que a primera vista la falta transitoria de pago no debida a fuerza mayor o caso fortuito es siempre dolosa, ya que observando el asunto superficialmente no se aprecia cómo quien puede pagar y en los hechos no paga, incurra en esta omisión de manera no intencional.

Sin embargo –anota Uribe Holguín–, examinando el punto con mayor atención, se concluye que el retardo no determinado por fuerza mayor o caso fortuito puede provenir indistintamente de dolo o de culpa del deudor. Si este, por descuido u olvido, no entrega la cosa que debe cuando llega el momento del pago; si por imprudencia no alcanza a tenerla en el lugar en donde debe entregarla; si por negligencia o impericia no termina dentro del plazo estipulado la tarea o trabajo que se ha obligado a ejecutar, incurre, en todos estos casos, en culpa y no en dolo.

Cabe aquí precisar que en el Derecho peruano bastaría que el incumplimiento hubiese obedecido a culpa del deudor.

En tal sentido, y en virtud del artículo 1329 del Código Civil, se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

No obstante la existencia de dicha presunción, ella es *iuris tantum*, pudiendo el deudor liberarse si probara que su incumplimiento obedeció a causa no imputable (caso fortuito, fuerza mayor o que ha incumplido a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias). Pero también resulta evidente que el acreedor puede agravar la situación del deudor en la medida en que demuestre que dicho incumplimiento obedeció a causa imputable a este último, distinta de la culpa leve, vale decir, si acredita que el deudor ha incumplido por culpa inexcusable o dolo.

De lo expuesto se puede concluir que para que se presente el elemento material de la mora, es decir, el retardo, es necesario que el deudor haya incurrido en un incumplimiento relativo, entendiéndose como tal un retraso en el cumplimiento.

Por otro lado, es necesario precisar que cuando hablamos del retardo como elemento constitutivo de la situación de mora del deudor, no nos referimos al mero retraso en el que objetivamente debe ponderarse el transcurso del tiempo, con un criterio puramente material, que exime toda investigación sobre el comportamiento de quien lo provoca o, simplemente, deja que se configure. En este sentido, Alterini y López Cabana (p. 49) consideran que la demora es una verdadera situación jurídica subjetiva, puesto que es de las que hacen nacer fundamentalmente prerrogativas para sus beneficiarios, a diferencia de las situaciones jurídicas objetivas, que generan, en cambio, ciertos efectos –derechos o deberes– preestablecidos imperativamente y con independencia de la voluntad de sus titulares.

Sin embargo, conviene señalar que la demora que solo produce un incumplimiento temporal, sin encontrarse unida a los demás elementos que le permitan ser reconocida como mora, puede también ser jurídicamente relevante, a pesar de que no produzca idénticos efectos que la mora. Su consideración se detendrá en el examen del desajuste temporal y bastará para que, prescindiendo de toda connotación subjetiva o de la concurrencia de formalidad alguna, genere otras consecuencias, independientemente de la reparación de daños.

En la doctrina española se ha juzgado útil distinguir la mora del simple retraso relevante, o simple retardo culposo, en la medida en que la mora solo se configura allí desde que el cumplimiento haya sido exigido por el acreedor, judicial o extrajudicialmente, e involucra los casos en que, no cumplida esta formalidad, la concurrencia parcial de los demás elementos, retardo y culpa, provocan en el ordenamiento hispano efectos particulares (p. 52).

En relación con los efectos que tiene la simple demora, Alterini y López Cabana precisan que, de acuerdo con el régimen jurídico argentino, estos son los que vamos a enunciar a continuación, pero analizándolos con estricto apego al Derecho peruano:

a) La simple demora en el cumplimiento de los deberes de colaboración, a los que tiene derecho a acceder quien tenga *ius solvendi*, le abre las vías legales para liberarse con intervención judicial.

Como se recuerda, la consignación es un mecanismo que tanto la ley sustantiva como la ley procesal otorgan al deudor cuando, por diversas razones, sean imputables o no al acreedor, no le resulta posible pagar directamente.

Se sabe que si el acreedor no realizara los deberes de colaboración indispensables para que el deudor pudiese ejecutar su obligación, una situación de esta naturaleza (si es que ha habido previo requerimiento del deudor a efectos de que se produzca la mencionada colaboración) produciría la constitución en mora del acreedor.

Lo antedicho equivale a señalar que la constitución en mora en materia consignatoria no necesariamente se produce con la consignación en sí misma, sino con el ofrecimiento de pago, ya sea judicial o extrajudicial, siempre y cuando se presenten los demás requisitos de la mora.

Es evidente, por lo demás, que la consignación otorga al deudor el mecanismo para, forzando al acreedor a recibir el pago, liberarse de su obligación.

b) La simple demora del destinatario de una oferta en aceptarla, o del beneficiario de una estipulación, es relevante para hacerle perder la facultad respectiva, como consecuencia del derecho de revocación que compete al oferente y al estipulante.

En el caso peruano, debemos recordar lo establecido por el Código Civil en el Título relativo al Consentimiento.

Ahí se señala que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente (artículo 1373).

En adición con lo expuesto, el artículo 1374 establece que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona, se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Resulta conveniente recordar que por Ley N° 27291, se agregó un párrafo al artículo 1374, en el sentido de que si esas declaraciones contractuales se realizan a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

Esta adición ha perturbado el régimen antes vigente, en la medida en que el Código Civil adoptó originalmente la teoría de la recepción con presunción de cognición y, en este caso, ha optado por la teoría de la recepción, pero no en cuanto a la declaración misma, sino en cuanto al acuse de recibo, lo que implica agregar un elemento a la cadena de momentos en que deba considerarse celebrado un contrato.

c) La exigibilidad del crédito, unida al retardo de ambos sujetos de la obligación, es suficiente para que el plazo de prescripción comience a correr, pues la ley no especifica que alguno de ellos deba ser constituido en mora.

Ello deviene en aplicable en el Derecho nacional, en la medida en que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1993 del Código Civil, la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho; no exigiendo la ley peruana, para que transcurran los plazos prescriptorios, el requisito de que alguna de las partes comprometidas deba ser constituida en mora.

d) Los plazos de caducidad, de los que dependen ciertos derechos en cuanto a su ejercicio, empiezan a computarse desde el retardo en hacerlos valer, sin que tampoco haga falta que ninguna de las partes haya constituido en mora a la otra para que transcurran dichos plazos.

En cuanto al Derecho peruano, resulta claro que los plazos de caducidad siguen en este aspecto similar criterio que los de prescripción.

Si bien es cierto que en el Título relativo a la Caducidad (artículos 2003 a 2007), no se establece una norma similar a la del artículo 1993, relativo a la prescripción, resulta evidente que tal situación va implícita, en la medida en que la caducidad es mucho más severa que la prescripción.

e) En algunos supuestos la ley, sin disponer la extinción de una acción o de un derecho, impone un plazo que, luego de transcurrido, desencadena una presunción a favor de una de las partes de la relación obligatoria.

Es el caso de diversas normas del Código Civil peruano de 1984.

Así tenemos el artículo 63, del texto que a continuación reseñamos: "Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos:

1. Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si este tuviere más de ochenta años de edad.
2. Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.
3. Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido".

Por otra parte, el inciso 1 del artículo 181 dispone que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.

En Derecho de Familia, el artículo 311, inciso 3, del Código Civil prescribe que para la calificación de los bienes rige, entre otras reglas, aquella que establece que, si se han vendido algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, y se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.

A su turno, el artículo 616 del Código Civil señala que la curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto.

En Derecho de Obligaciones, el artículo 1231 del Código Civil dispone que cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario.

De otro lado, el artículo 1397 indica que las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria. Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

En lo relativo a las disposiciones generales de obligaciones de saneamiento, el artículo 1486 establece que si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar.

En lo que respecta al precio en el contrato de compraventa, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1547, en la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor. Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega.

En materia de derecho de retracto, según lo previsto por el artículo 1597, si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento; caso para el cual la presunción contenida en el artículo 2012 ("Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones"), solo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia.

En lo relativo al contrato de mutuo, conforme al artículo 1655, recibido el bien por el mutuatario, se presume que se halla en estado de servir para el uso a que se destinó.

En lo que atañe al contrato de arrendamiento, el artículo 1679 prescribe que entregado el bien al arrendatario, se presume que se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso.

En el contrato de comodato, el artículo 1731 establece que se presume que el comodatario recibe el bien en buen estado de uso y conservación, salvo prueba en contrario.

En lo referido a las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios, el artículo 1758 señala que se presume la aceptación entre ausentes cuando los servicios materia del contrato constituyen la profesión habitual del destinatario de la oferta, o el ejercicio de su calidad oficial, o cuando los servicios sean públicamente anunciados, salvo que el destinatario haga conocer su excusa sin dilación.

Finalmente, el artículo 1781, norma relativa al contrato de obra, dispone que el que se obliga a hacer una obra, por pieza o medida, tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada. El pago hace presumir la aceptación de la obra realizada. Sin embargo, no produce este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta, ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida.

f) Una vez transcurrida la limitada vigencia del mandato otorgado en forma irrevocable, la demora en el ejercicio de este produce el efecto de concluir con la irrevocabilidad que lo distinguía.

En el Derecho nacional resulta aplicable el régimen establecido para la extinción del mandato, regulado por los artículos 1801 a 1805 del Código Civil.

El artículo 1801 establece que el mandato se extingue por su ejecución total, por vencimiento del plazo del contrato, por muerte, o por interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario.

Entonces se puede afirmar que el mandato, entre las causales de extinción, tiene la del vencimiento del plazo pactado.

Sin embargo, el mandato no es revocable unilateralmente, entendiéndose por este concepto el hecho de que el mandante no puede dejar sin efecto de manera unilateral el contrato de mandato.

Para ello precisa diferenciarse al mandato de la representación.

La representación obviamente es revocable, pues se trata de un acto unilateral; pero en el mandato sin representación no hay revocación, en la medida en que ambas partes se encuentran obligadas a cumplir con el plazo pactado.

Sin embargo, por tratarse de figuras que tienen íntima relación, el Derecho peruano establece la presunción de que el mandato es con representación (artículo 1807); agregando que en el mandato con representación, la revocación y la renuncia del poder implican la extinción del mandato.

g) En las obligaciones alternativas regulares basta el simple retardo del deudor y en las irregulares el del acreedor, para que en el primer supuesto quede facultado el acreedor para demandar el cumplimiento, y en el segundo lo esté el deudor para intimar la elección u obtener autorización judicial, para hacerlo por sí.

En lo que respecta al Derecho peruano, debemos precisar que no se da la distinción entre obligaciones alternativas regulares y obligaciones alternativas irregulares, pues simplemente se legislan las obligaciones alternativas.

En esta clase de obligaciones el deudor solo debe cumplir por completo una de las prestaciones que constituyen su objeto (artículo 1161); correspondiendo la elección al deudor, si es que no se hubiera atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero, siendo aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144 (argumento del artículo 1162).

El artículo 1144, norma propia de las obligaciones de dar bienes inciertos, establece que a falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo. Si el deudor omitiera efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, esta corresponde al acreedor; aplicándose igual regla cuando la elección deba practicarla el acreedor.

El citado numeral agrega que si la elección se confiase a un tercero y este no la efectuara, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquel el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

Entonces, debe quedar claro que para que se pueda constituir en mora al deudor de una obligación alternativa, constituye requisito previo el que se haya producido la elección de la prestación a ejecutar, ya sea que dicha elección haya sido efectuada por el deudor, por el acreedor, por un tercero o por el juez.

En este sentido, solo en tal situación será factible constituir en mora al deudor, ya que antes de producida la elección no se le podría exigir el cumplimiento de una de las prestaciones.

Ahora bien, cabría preguntarse qué ocurriría en caso el deudor deba escoger la prestación, no efectuase dicha elección oportunamente, y el acreedor le exigiera que la verificara.

Podría sostenerse que el momento de constitución en mora es el relativo al requerimiento de elección, a lo cual podría responderse que resultaría difícil en el plano teórico aceptar que se constituya en mora al deudor con relación a una prestación todavía incierta.

Entendemos que en estos casos debería asumirse un principio de equidad, en el sentido de que la constitución en mora origine efectos retroactivos al momento en el cual el acreedor exigió al deudor que efectuara la elección; y que los efectos de dicha mora recaerán sobre la prestación que ulteriormente sea escogida, ya sea por el deudor, por el acreedor o por el juez, siguiendo el mecanismo previsto por el artículo 1144 del Código Civil.

h) Cuando existen obligaciones recíprocas, en las cuales la prestación de uno es la causa de la del otro, no es necesario que haya mora para que pueda hacerse valer la *exceptio non adimpleti contractus*.

En el Código Civil peruano dicha excepción se encuentra regida por el artículo 1426, precepto que establece que "En los contratos con prestaciones recíprocas, en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento".

Y, en verdad, no es necesario que exista mora para que pueda hacerse valer la excepción de contrato no cumplido, también llamada excepción por incumplimiento, ya que esta es fundamentalmente un mecanismo de defensa sustantivo que la ley otorga a los contratantes con la finalidad de que ninguno de ellos se vea perjudicado, cumpliendo con una obligación y corriendo el riesgo de que su contraparte no cumpla la suya con posterioridad.

Lo expresado no significa que la excepción de incumplimiento sea excluyente de la constitución en mora, ya que un contratante podría negarse a cumplir, luego de haber constituido en mora a su contraparte.

Lo que deseamos señalar es simplemente que resulta posible que se aplique dicha excepción en la eventualidad de que no haya mora.

Los mismos principios rigen respecto de la excepción de caducidad de término, regulada por el artículo 1427 del propio Código, en el sentido de que para su aplicación no resultaría indispensable que la contraparte se encontrase constituida en mora.

Como se recuerda, el artículo 1427 del Código Civil establece que "Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento".

i) Solo se requiere un simple retardo en cumplir con la obligación a su cargo, para que la otra parte se halle invulnerable a la constitución en mora.

Ello resulta plenamente aplicable al Derecho peruano, en virtud de lo establecido por el artículo 1335, norma que señala que "En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá".

j) La mera dilación en el cumplimiento de un deber jurídico que surge de una resolución judicial, puede ocasionar la aplicación de sanciones conminatorias, sin necesidad de indagar sobre la subjetividad que ha determinado su desidia.

El tema de la ejecución de las resoluciones judiciales se halla previsto por los artículos 715 a 719 del Código Procesal Civil peruano de 1993.

k) Existiendo un pacto comisorio expreso, puede ser suficiente el simple retardo para que el acreedor de la prestación incumplida ejerza su derecho a resolver el contrato. Tampoco cabe, en principio, exigir la previa constitución en mora, en el supuesto de cláusula resolutoria implícita, legal o tácita.

En este punto resulta necesario señalar que la resolución por incumplimiento difiere sustancialmente de la constitución en mora, ya que si se quiere resolver un contrato por incumplimiento, no necesariamente tiene que haber preexistido la situación de mora.

Es verdad que ante el incumplimiento de una obligación resulta frecuente que el acreedor constituya en mora al deudor, exigiéndole que proceda a dar cumplimiento a la prestación.

Si una vez constituido en mora el deudor procede a ejecutar la obligación, es evidente que habrá culminado el estado de mora debido al pago de la deuda, y es obvio, también, que si el acreedor permite al deudor que le pague, esa situación obedecerá básicamente a que el cumplimiento de la deuda todavía le resulta útil.

Sin embargo, si luego de constituido en mora el deudor, este no cumpliera con ejecutar su obligación, el acreedor podría seguir manteniendo el estado de mora, si la prestación aún le fuese útil, o resolver el contrato, en tanto la obligación hubiese devenido en inútil.

No obstante lo dicho, no siempre la resolución del contrato se planteará luego de una situación moratoria, ya que el deudor podría no haber sido constituido en mora luego de su incumplimiento, si el acreedor no hubiera considerado útil el cumplimiento de la obligación luego del momento en que esta debió ser ejecutada.

En otras palabras, en este caso no se estaría configurando uno de los elementos indispensables para la existencia de la mora, cual es que la prestación incumplida todavía resulte útil para el acreedor.

En ese sentido, resulta perfectamente posible que acto seguido del incumplimiento, el acreedor de la obligación proceda a resolver el contrato por incumplimiento del deudor, sin necesidad de constituirlo previamente en mora.

Una situación de esta naturaleza es evidente, en la medida en que resultaría peligroso e ineficaz para el acreedor constituir en mora al deudor, pues le estaría otorgando la posibilidad de cumplir con una obligación cuya utilidad ya le era ajena.

l) Toda vez que se subordina la resolución de un contrato a la demora en el cumplimiento de una obligación, el mero retraso, sin necesidad de constituir en mora, tiene el poder suficiente para desencadenar la extinción del vínculo obligacional.

Dentro del marco del Derecho peruano, nos encontraríamos ante la denominada cláusula resolutoria expresa, contenida en el artículo 1430 del Código Civil.

El precepto citado establece que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumpla determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La norma agrega que la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

m) Con relación a las normas supletorias que rigen en materia de cláusula penal, el simple retardo en el cumplimiento –sin necesidad del elemento subjetivo– basta para que el acreedor pueda ejercer la opción por la pena.

Esta apreciación de Alterini y López Cabana no resulta aplicable en el Derecho peruano, ya que el simple retardo en la ejecución de una obligación no da lugar a que se puedan aplicar las disposiciones o los efectos propios de la cláusula penal.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la cláusula penal no es otra cosa que un pacto anticipado de eventual indemnización futura, ya sea de carácter compensatorio o moratorio, que tiene dentro de sus requisitos, tal como será analizado en su oportunidad, la culpa del deudor.

Es claro que en el Derecho peruano no pueden producirse las consecuencias de la cláusula penal en los mismos casos en que no pueden derivarse consecuencias indemnizatorias,

vale decir, cuando el incumplimiento de la obligación por el deudor se hubiese producido por causa no imputable.

El supuesto de excepción se presentaría si las partes hubiesen convenido que la penalidad debe pagarse incluso cuando el incumplimiento obedeciera a causas no imputables al deudor, como cuando hubiera incumplido por caso fortuito, fuerza mayor o no obstante haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Pero hacemos hincapié en que este solo será un supuesto excepcional, y de ninguna manera constituye la regla.

Finalmente, es oportuno reseñar la opinión de Alterini y López Cabana acerca del significado jurídico del mero retardo. Al respecto, consideran que el simple retardo tiene significativa relevancia en el área del Derecho Privado, en razón de los múltiples e importantes efectos que este desencadena en el ordenamiento jurídico. Esta apreciación los lleva a afirmar que el tecnicismo de la mora está, de alguna manera, en vías de extinción, ya que la virtualidad de la simple demora resulta, por ejemplo, de la extensión creciente de los conceptos de mora automática y mora legal. En estos casos el simple retraso, el retardo material, tiene por sí solo consecuencias de morosidad. Por otro lado –precisan los autores citados–, la importancia de la significación jurídica del mero retardo se encuentra reforzada con el reconocimiento de la crisis de la culpa.

Sin embargo, la posición mayoritaria de la doctrina estima que el retardo, como elemento esencial de la situación de mora del deudor, requiere, necesariamente, de la concurrencia del elemento subjetivo (culpa o dolo). De esta manera, la mora constituiría un retraso culpable que no impide el cumplimiento tardío.

Si bien es cierto que el Derecho ha dado mayor cabida en los últimos años a los supuestos de mora automática, no deja de ser verdad que la mora automática exige, más allá del requerimiento, la presencia de los demás requisitos para la constitución en mora.

En ese sentido, el simple retardo, como retraso en sí, no constituye necesariamente mora.

De otro lado, convenimos con los profesores citados en que el simple retardo tiene una serie de efectos jurídicos que a menudo no exigen la existencia del fenómeno moratorio.

Ello es absolutamente cierto, pero no constituye novedad, ya que siempre ha sido así, en la medida en que, no por ser conceptos distintos la mora y la demora, ello signifique que solo la mora es capaz de generar efectos jurídicos.

Resulta evidente que la demora o retraso en el cumplimiento también origina determinados efectos para el Derecho, algunos de los cuales tendrán relación con el fenómeno moratorio, pero muchos otros no, sino con otras determinadas áreas del Derecho, como es el caso de la resolución contractual, solo por citar un ejemplo relevante.

Finalmente, consideramos que el parecer de Alterini y López Cabana, en el sentido de que la demora ha ganado terreno por sobre la mora, al haberse abierto campo la responsabilidad de carácter objetivo, por sobre aquella que presupone la existencia de culpa, parte de un criterio equivocado, por cuanto la responsabilidad objetiva fundamentalmente tiene que ver con la asignación de consecuencias indemnizatorias en perjuicio del deudor incumpliente, como es el caso de los daños y perjuicios y de los intereses legales.

Pero la existencia de daños y perjuicios no se vincula necesariamente con la mora, ya que ellos podrían presentarse con base en la responsabilidad de carácter objetivo, sin relación con el fenómeno moratorio.

Si una indemnización de daños y perjuicios no se paga oportunamente (lo que de por sí implicará la existencia de culpa), recién podríamos hablar de la existencia de intereses legales moratorios sobre el monto de la indemnización debida.

Lo expuesto nos conduce a afirmar la plena vigencia del criterio de que no existe mora sin culpa.

3.2. La imputabilidad como elemento subjetivo de la situación de mora del deudor.- La situación jurídica de mora debe ser inexcusable, es decir, producto del dolo o de la culpa del obligado. De esta manera, la mora se configura como un retardo imputable al deudor en el cumplimiento de la obligación.

En este sentido, Rosendo Badani (pp. 121 y 122) considera que el retraso debe ser imputable al deudor, porque la ejecución de la prestación puede tener dificultades que el deudor no pueda vencer y que justifiquen su retardo. Así, por ejemplo, si una persona se hubiera obligado a transportar un cargamento de café de Chanchamayo y a entregarlo en Lima, en determinado plazo, y se produjera un derrumbe en la Carretera Central, la demora no le sería imputable al deudor, ya que la figura jurídica de la mora solo existe en aquel retraso del deudor que no cuente a su favor con la existencia de una legítima excusa. Además, no es imputable al deudor el retraso cuando el acreedor no hace aquello a que está obligado para facilitarle al deudor el cumplimiento de la obligación, o cuando se negare, sin justa causa, a recibir el pago. Si, por ejemplo, debiendo cumplirse la obligación en el domicilio del deudor, dejara este de apersonarse en el lugar correspondiente, o si encontrándose en él, se ausentara sin dejar algún apoderado o encargado de recibir el pago, con autorización suficiente, la falta de cumplimiento oportuno no podría ser imputable al deudor. Si tratándose, en otro caso, de entregar productos o mercancías, no determinase o no proporcionara el local en que deban almacenarse o depositarse, tampoco podría atribuirse al deudor la mora, mientras el acreedor no hiciera esta determinación. La mora provendría de él, en este caso.

Agrega el citado profesor peruano que es necesario colocarnos en el supuesto de que el acreedor no tenga gran interés en el cumplimiento de la obligación, o quiera ser benevolente con el deudor, y no exigirle la ejecución de su prestación. En este sentido, mientras el deudor cuente con la tolerancia del acreedor, puede decirse que está excusado su retraso.

En síntesis, Rosendo Badani piensa que, ya sea por un hecho o por circunstancias independientes a la voluntad de las partes o por la actitud del acreedor, puede ocurrir que el retraso del deudor esté excusado, por lo que en ninguno de estos casos pueda serle imputable la demora. De ello se desprendería la imposibilidad de configurarse la situación jurídica de la mora del deudor.

Coincidimos plenamente con lo expresado por el profesor Badani, ya que, como dijimos, no hay mora sin culpa.

La mora deriva necesariamente de una situación en la cual preexista el incumplimiento imputable al deudor, vale decir, un incumplimiento que obedezca a dolo, culpa inexcusable o culpa leve del deudor.

Si dicho incumplimiento fue atribuible a causas no imputables (caso fortuito, fuerza mayor o incumplimiento a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias), podrá haber retraso, pero no mora.

En esta línea de pensamiento se halla Héctor Lafaille (p. 65), quien afirma que la mora envuelve una idea de culpa. En este sentido, el deudor se retrasa por una causa que le es imputable. Además –agrega dicho autor– es importante destacar que la culpa del deudor que no cumple con su obligación es presumida por el Derecho. En tal virtud, el acreedor no necesita probar la existencia de la culpa; es el deudor quien tiene que acreditar un descargo a su favor por medio del caso fortuito o la fuerza mayor.

José Cano (pp. 27-30) comparte la posición de los autores citados. Considera que si bien la mora está constituida básicamente por el fenómeno objetivo del retraso o retardo en la ejecución de la prestación obligatoria, resulta evidente que tal presupuesto no basta para establecer una situación de mora. Esto responde a la incuestionable tensión dialéctica entre lo subjetivo-individual (autonomía de la voluntad; liberal-individualismo) y lo objetivo y social (seguridad jurídica; formalización de la realidad; *numerus clausus*; tipología), que reposa en el concepto de negocio jurídico.

A entender de José Cano, la culpabilidad que existe en la mora y que es necesario que se dé en esta, es una culpabilidad cualificada, lo que supone la exigencia de un requisito objetivo que permita o imponga dicha calificación. Se trata de la interpelación. En este sentido, no basta que esta se haga; es necesario, además, que llegue a conocimiento del deudor y que este se oponga a satisfacer la prestación a tiempo. Entonces, señala el citado autor, se añade a la posible culpabilidad determinante del retraso un matiz que supone la potenciación del tal elemento. Esto repone la resistencia al cumplimiento debido del deudor y exige la deliberada intención de no cumplir.

En torno a lo expresado –anota Cano– se ha dicho que el concepto jurídico de la mora, diferente al común de simple retraso, presupone, como elemento esencial, que el incumplimiento sea debido a culpa, y de ahí que en las obligaciones *cercabili,* es decir, aquellas en las que el acreedor debe buscar al deudor en su domicilio para que este le pague, sea necesario que antes le avise de su intención de cobrar y, de esta forma, lo constituya en mora.

Debemos expresar que el Código Civil peruano establece en su artículo 1238 que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Esto significa que el deudor, en principio, no debe ir a pagar al domicilio de su acreedor. Es el acreedor quien debe apersonarse al domicilio del deudor para cobrarle.

La norma, en consecuencia, plantea un problema muy actual en lo que respecta a la constitución en mora, pues si se tratase de mora por intimación o requerimiento, ella no existiría si el acreedor no reclamara el pago en el domicilio del deudor.

Se percibe con claridad, por tanto, que el incumplimiento de una obligación debe obedecer a un acto culposo del deudor, para que luego se pueda encontrar en situación moratoria.

Pero, ¿cómo se podría asumir aquella situación en la cual el deudor incumpla sin culpa, por el simple hecho de que el acreedor no concurra a cobrar?

Aquí se podría aceptar que existiría un cierto grado de culpa, no en el deudor, sino en el propio acreedor, al haber impedido con su conducta que el deudor pueda pagar.

Esta afirmación obedece a que en la hipótesis prevista, el deudor que intenta cumplir su obligación efectuaría un acto absolutamente voluntario y optativo, ya que no se encontraría obligado a pagar en el domicilio de su acreedor, ni a consignar lo debido.

Resulta evidente que estos conceptos no serían aplicables cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor. En este caso, si el deudor no concurriese a pagar a dicho domicilio en el momento debido, tal situación daría lugar a que el acreedor pudiera exigir el pago. Y ese requerimiento constituiría en mora al deudor incumpliente.

Si en este supuesto se hubiera pactado mora automática, la sola ausencia de pago en el tiempo convenido determinaría la existencia de mora.

Según José Cano, en la actualidad se viene aduciendo, sistemáticamente, la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad derivada de culpa, con la finalidad de impedir que el deudor no responda de la mora debida a negligencia propia.

Sin embargo, se excluye de responsabilidad por mora al deudor cuyo retraso en el cumplimiento se origina en fuerza mayor o caso fortuito. Situación muy diferente es la de aquel deudor moroso que responde aún del caso fortuito si este se produce después de que hubiese estado constituido en mora, salvo que pruebe que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo. La existencia o no de culpa se aprecia al momento de la constitución en mora, ni antes ni después.

En el Derecho peruano, según establece el artículo 1328 del Código Civil, es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

Ello significa que, dentro del régimen legal peruano, cabe renunciar o limitar la responsabilidad por inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, cuando ella obedezca a culpa leve del deudor. Resulta evidente que en estos casos solo sería posible que se generen los efectos moratorios, si el incumplimiento obedeciera a dolo o culpa inexcusable.

Cano señala que la jurisprudencia española ha insistido en otro aspecto diferente de los estudiados, pero también incluido dentro del tema de culpabilidad.

Reiterativamente Cano afirma la necesidad de la mala fe en el deudor, para que a este se le entienda culpable de la mora que produce; lo que, *contrario sensu,* significaría la imposibilidad de entender moroso al deudor que no satisface la prestación por creerla no debida o por estimarla excesiva y debida solo en parte.

Discrepamos de tan ilustrado parecer, pues en el Derecho peruano para que haya mora no es necesaria la existencia de dolo; basta la culpa, ya sea inexcusable o leve.

Por otro lado, existe una posición doctrinal contraria a la expuesta, que considera que la culpa (elemento subjetivo de la mora) no es realmente un elemento esencial en la configuración de la situación jurídica de mora.

Se trata de quienes proponen la existencia de la denominada *mora objetiva.*

En esta línea de pensamiento se halla Guillermo A. Borda (citado por WAYAR, pp. 330-333), quien opina que la culpa no es un elemento constitutivo de la mora y que esta es un concepto puramente objetivo, distinto del problema de la responsabilidad derivada de la mora, en el cual resulta relevante la idea de imputabilidad. Es solo con relación a este problema que interesa indagar si existe culpa o dolo. Refiere que no cree que nada de lo sostenido por él sea contradictorio con lo que estaba dispuesto en el último párrafo del artículo 509 del anterior Código Civil argentino de 1869, precepto actualmente contenido en el artículo 888 del nuevo Código Civil y Comercial de dicho país; por el contrario, opina que esa disposición se adecua perfectamente a su tesis.

Según Borda, en este artículo se distingue entre la mora y las responsabilidades derivadas de ella, y opina que no habrá responsabilidad si el deudor prueba que la mora no le es imputable. El citado autor concluye expresando que puede haber una mora no imputable que no genere responsabilidad.

En este sentido, Borda resta total importancia al factor subjetivo de imputabilidad (culpa), como elemento constitutivo de la configuración de la mora del deudor. De esta manera, Borda entiende a la mora como un simple retraso, desconociendo una distinción que la doctrina moderna no discute.

Wayar (p. 331), por su parte, considera que entre ambas figuras existe una diferencia esencial, ya que mientras el simple retardo es una situación fáctica, caracterizada como un transcurso intrascendente por sí solo para el Derecho, la mora es una situación jurídica, fundamentada en un juicio de reproche a la conducta del deudor, que retrasa indebidamente el cumplimiento.

Wayar continúa afirmando que la concepción que tiene Borda sobre la mora refleja que desconoce que dicho concepto involucra tanto el retardo como la responsabilidad derivada de este. En tal sentido, la mora es una situación jurídica compleja que se integra con un supuesto de hecho (el retardo), al cual la ley otorga una determinada consecuencia (la responsabilidad del deudor). Anota, además, que para el Código argentino la situación de mora supone un retardo imputable y no un mero retardo, como sostiene la tesis descrita.

El autor citado entiende que el error del argumento de Borda radica en la afirmación de que puede existir una mora no imputable. Esta aseveración es incorrecta, ya que, muy por el contrario, si no hay imputabilidad nunca podrá configurarse una verdadera situación de mora; no al menos la mora a la que se refería el derogado artículo 509 del Código Civil argentino de 1869 (hoy art. 888 del vigente Código Civil y Comercial de la Nación).

Por otro lado, Ernesto Wayar considera que la tesis de Borda introduce en el lenguaje jurídico una confusa terminología, ya que emplea el vocablo *mora* para designar el simple retardo (sin responsabilidad), por lo que parecería que para Borda no existe más remedio que distinguir dos especies de mora, una imputable (con responsabilidad) y otra no imputable (sin responsabilidad). De esta manera, lo que la mayoría conoce como simple retardo, sería en realidad –según el citado profesor– mora no imputable, y lo que todos llamamos mora, se llamaría mora imputable. Wayar concluye expresando que tal fraseología resulta por demás inconveniente.

En la línea de pensamiento de Guillermo A. Borda se hallan Cazeaux y Trigo Represas (p. 115), quienes consideran que de acuerdo con lo expresado por la última parte del artículo 509 del Código Civil argentino, se puede afirmar que la culpa o el dolo del deudor no integrarían el concepto de mora y solo se relacionan con la responsabilidad. En este sentido, basta

que se haya producido el retardo, y la interpelación en los casos en que esta es necesaria, para que el obligado esté objetivamente en mora. Sin embargo, con respecto a la responsabilidad surgida de ese retardo, el deudor puede eximirse de la misma probando que no le es imputable. Por consiguiente, si el deudor demuestra que el retardo incurrido obedece a un caso fortuito o de fuerza mayor, queda eximido de las responsabilidades derivadas de la mora.

A la posición de Cazeaux y Trigo Represas, por ser de contenido muy similar a la tesis de Borda, le son aplicables las mismas críticas y objeciones formuladas por Wayar.

Además, es pertinente anotar la observación del propio Wayar (pp. 334 y 335), cuando expresa que él interpreta la afirmación de Cazeaux de que el retardo es suficiente (y la interpelación, en su caso) para que el obligado esté objetivamente en mora, en el sentido de que se está invirtiendo la carga de la prueba –no a la innecesidad de la culpa–. De esta manera, la culpa del deudor en el retardo se presumiría, y quedaría a cargo de este demostrar lo contrario.

Por nuestra parte, inferimos de las palabras de Wayar, interpretando la opinión de Cazeaux, que ellas deben ser entendidas con el significado de que si bien la culpa del deudor se presume en el incumplimiento de la obligación (artículo 1329 del Código Civil peruano de 1984), ello no significa que para que haya mora se pueda prescindir de la culpa.

Wayar añade que la presunción de culpabilidad nos llevaría a concebir la situación de mora como un fenómeno puramente objetivo, en el que predomina el retardo o incumplimiento material. Sin embargo –en contra de este punto de vista–, la culpa se configura en un elemento fundamental para dar nacimiento a la situación de mora, de modo que si el deudor llegara a demostrar que su conducta es irreprochable, habría eliminado la situación de mora y, por ende, toda responsabilidad.

Otro de los autores que ha defendido el concepto de mora objetiva es Puig Brutau (pp. 417-420).

Dicho profesor inicia su investigación analizando y comparando –en relación con el incumplimiento– los dos grandes sistemas de Derecho del mundo occidental: la tradición romana y el *Common Law.* El citado autor afirma que ambos sistemas pretenden estar radicalmente separados al momento de juzgar la conducta del deudor que no cumple lo debido; pero, sin embargo, esta antinomia es solo aparente. Puig Brutau considera que referirse a uno u otro sistema como fundados en el principio de la culpa para el sistema romano y en la responsabilidad objetiva para el *Common Law,* indica cierta confusión de ideas.

Dicho autor opina que el postulado de la responsabilidad objetiva o sin culpa no puede invocarse con igual sentido en relación con quienes ya son deudores en virtud de una obligación constituida, que entre quienes no están todavía enlazados por una obligación, al sobrevenir el acto generador de responsabilidad. Dicho de otra forma, la responsabilidad objetiva de la persona que ya está obligada, solo puede significar algo tan obvio como que la obligación obliga y el cumplimiento de la prestación no está excusado por ningún hecho o circunstancia que haya sobrevenido.

Todo lo contrario sucede tratándose de la responsabilidad objetiva en la esfera tradicionalmente llamada extracontractual: los criterios de política jurídica –decisivos en Derecho, porque son los únicos que justifican la existencia del Derecho como institución humana– son en este caso completamente diferentes. En el ámbito extracontractual no se trata de averiguar algo que en principio es tan evidente, sino de saber si debe nacer una obligación entre quienes no están enlazados por ninguna relación propiamente obligatoria.

En síntesis, para el citado autor la responsabilidad del deudor en la esfera contractual se funda, no en la culpabilidad de su comportamiento, sino en el hecho objetivo del incumplimiento. Lo contrario implicaría exigir que el deudor ya comprometido sea además culpable del retardo, lo que según Puig Brutau sería como afirmar que la obligación ya efectivamente constituida necesita todavía del complemento de otra causa de obligar, como sería la culpa, en caso de incumplimiento.

En lo que se refiere a la concepción de la situación de mora, Puig Brutau señala que hay cierto contrasentido entre afirmar que la situación de mora requiere culpa del deudor y la aseveración de que la carga de la prueba de la ausencia de culpa recae, precisamente, en el deudor.

Frente a esta posición, Wayar (p. 338) piensa que no porque la ley invierta la carga de la prueba, se está instaurando un régimen de responsabilidad objetiva. En este sentido, la culpabilidad es siempre necesaria, ya sea el acreedor quien deba probar su concurrencia, ya sea que el deudor deba demostrar su inexistencia. La responsabilidad por mora sería objetiva si la ley, en mérito al solo incumplimiento –sin que importe si el deudor puede o no probar su inculpabilidad– lo hiciera responsable de las consecuencias del retardo. Además, el Código español se limita a invertir la carga de la prueba sin suprimir la culpabilidad.

Sobre la negación de la mora objetiva resulta ilustrativo el parecer de Jorge Eugenio Castañeda (p. 192). Él criticaba, con razón, el artículo 1256 del Código Civil de 1936, que permitía al deudor exonerarse de responsabilidad probando que había incurrido en mora sin culpa alguna de su parte. Sin embargo, este, en realidad, no era un caso de mora. Se trataba de un retardo en el cumplimiento de la obligación no imputable al deudor que, por tanto, producía efectos jurídicos muy distintos a los de la mora.

El Código Civil de 1984 corrige ese error conceptual en su artículo 1336, al disponer que el deudor se libera de responsabilidad cuando prueba que ha incurrido en retraso sin culpa. El Código vigente no alude a la mora sin culpa, sino al retraso sin culpa, porque esta situación jurídica no constituye en mora al deudor.

Castañeda añade que para que el deudor quede constituido en mora es necesario que se trate de un retraso en el cumplimiento de la obligación que le sea imputable. Pero también es necesario que la obligación, no obstante el retraso, sea de posible cumplimiento. Debe tratarse, en suma, de un retardo, no de una inejecución total. El deudor debe tener la posibilidad, aunque tardíamente, de cumplir la obligación.

3.3. La constitución en mora: elemento formal de la situación de mora del deudor.- Antes de iniciar propiamente el desarrollo del tema en cuestión, resulta pertinente mencionar la distinción que efectúa Wayar (pp. 35-359) en torno a los términos *constitución en mora* e *interpelación*.

Al respecto, el autor citado señala que la doctrina suele utilizar como sinónimas las expresiones constitución en mora e interpelación, o bien, les asigna significados equivalentes. Esta supuesta sinonimia puede inducir al intérprete en error y persuadirlo de que la única vía para constituir en mora al deudor es la interpelación por el acreedor.

Lo cierto –añade Wayar– es que entre constitución en mora e interpelación existe una clara relación de género a especie. En este sentido, mientras con la primera se alude a las diferentes formas por las que el deudor puede quedar incurso en mora, con la segunda se designa una de aquellas formas en particular: la que se concreta mediante la actuación del acreedor.

Por consiguiente, si se interroga: ¿el único medio constitutivo de la mora del deudor, es la interpelación?, se obtiene una respuesta negativa; la ley tiene previstas diferentes formas para alcanzar este objetivo. La *interpellatio* es solo una de ellas.

Wayar agrega que dicha terminología surge del lenguaje del Código Civil argentino, ya que en numerosas disposiciones de ese cuerpo normativo se condiciona la sanción a la previa constitución en mora del obligado, expresión a la que el legislador otorga un sentido general y amplio, es decir, no se refiere a una forma determinada sino a cualquier modo constitutivo del estado de mora.

La doctrina también utiliza indistintamente los términos interpelación, intimación, requerimiento, etc. Frente a esta realidad, José Ignacio Cano (pp. 57 y 58) propone la distinción entre las palabras interpelación e intimación. Con la primera se designaría la declaración de voluntad formulada por el acreedor. En cambio, la intimación se concretaría cuando el deudor tome efectivo conocimiento de aquella declaración por la que se exige el cumplimiento. En este sentido –precisa el citado autor–, mientras la interpelación es imprescindible, ya que el acreedor debe siempre manifestar su voluntad de exigir el pago, la intimación puede faltar (por ejemplo, deudor ausente, interferencias que impidan que el requerimiento llegue a conocimiento del *solvens*, etc.).

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, *interpelación* es "acción y efecto de interpelar", en tanto que *interpelar*, en su segunda acepción, significa "requerir, compeler o simplemente preguntar a uno para que dé explicaciones sobre un hecho cualquiera".

De otro lado, la palabra *intimación* es "acción y efecto de intimar", en tanto que *intimar* significa "declarar, notificar, hacer saber una cosa, especialmente con autoridad o fuerza para ser obedecido".

En adición a lo expuesto, *requerimiento* es definido como "acción y efecto de requerir. Acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar una cosa. Aviso, manifestación o pregunta que se hace, generalmente bajo fe notarial, a alguna persona exigiendo o interesando de ella que exprese y declare su actitud o su respuesta"; en tanto que la palabra *requerir* significa "intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública. Necesitar o hacer necesaria alguna cosa".

De las definiciones expuestas podríamos llegar a la conclusión de que las acepciones que se utilizan con frecuencia en materia moratoria, no necesariamente corresponden, en estricto, a aquellas de nuestra lengua española.

Ello, por cuanto *interpelar* no es exactamente un acto que se efectúe para que una persona dé explicaciones sobre un hecho cualquiera. La interpelación no tiene por finalidad, en materia moratoria, obtener explicaciones por parte del deudor, así como tampoco requerir o compeler explicaciones, sino requerirlo o compelerlo con la finalidad de que cumpla con sus obligaciones.

En cambio, el significado de *intimar* en materia moratoria, sí se acerca más al sentido idiomático del término, en la medida en que constituye una declaración o notificación al deudor, haciéndole saber que se le está requiriendo el pago, precisamente con la autoridad y la fuerza que tiene todo acreedor, en su condición de tal, para ser obedecido.

Finalmente, la expresión *requerimiento*, dentro de las acepciones anotadas, es el acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar alguna cosa. En tal sentido, el

requerimiento en materia moratoria tendría, en cuanto a este significado, fundamentalmente similitud con la constitución en mora de carácter judicial.

No obstante ello, el segundo significado anotado de la palabra *requerimiento*, se acerca a la constitución en mora extrajudicial, ya que sería el aviso o manifestación que se hace a alguna persona (el deudor), exigiendo que exprese y declare su actitud o su respuesta. Se entiende que dicha actitud o respuesta requerida no es otra que el pago.

Ahora bien, no obstante que la Real Academia menciona que el requerimiento por lo general se formula bajo fe notarial, lo hace simplemente de modo indicativo, ya que no es necesario que él se efectúe mediante carta notarial, a pesar de constituir ese medio de comunicación la vía más certera en cuanto a su ulterior carácter probatorio.

En adición a lo expuesto, es evidente que el significado de la palabra *requerir* se acerca al tema moratorio, ya sea por intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública (la autoridad pública estaría dada por las facultades que el Derecho confiere a todo acreedor para hacer valer sus derechos, con respecto al deudor).

Pero *requerir* también se acerca al significado de necesitar o hacer necesaria alguna cosa. Resulta evidente que cuando el acreedor requiere o efectúa un requerimiento con respecto a su deudor, le está manifestando que necesita que se le pague.

De lo expuesto podría deducirse que si bien es cierto que las tres expresiones *interpelación*, *intimación* y *requerimiento*, se utilizan en la práctica de manera indistinta para indicar lo mismo, las dos últimas, vale decir, *intimación* y *requerimiento*, son aquellas cuyos significados se acercan de modo más notorio al tema de la mora.

4. Naturaleza jurídica de la interpelación

Respecto a la naturaleza jurídica de la interpelación, existen en doctrina dos posiciones bien marcadas. Una primera concibe a la interpelación como un acto jurídico unilateral, y la otra, como un hecho jurídico.

Aquélla hace hincapié en que la acción del acreedor debe ser un verdadero acto jurídico unilateral y recepticio, es decir, un acto voluntario y lícito, que tenga por finalidad inmediata la modificación de la relación jurídica existente entre las partes, tanto en lo que a los derechos del acreedor se refiere como respecto a los deberes del deudor (BOFFI BOGGERO, pp. 142 y 143).

La finalidad que se persigue con la interpelación es obtener el acto jurídico denominado *pago* y la constitución en mora con todas sus consecuencias. En este sentido, el fin jurídico inmediato que se busca a través de la interpelación es la constitución en mora del deudor, y el fin mediato es el cumplimiento de la prestación.

Por otro lado, es evidente que si la interpelación es un acto jurídico, le son aplicables todos los preceptos generales necesarios para la validez del mismo, por ejemplo, las normas sobre capacidad para contratar.

Además, la interpelación constituiría un acto jurídico unilateral, ya que para su perfeccionamiento sería suficiente la voluntad del acreedor, sin que sea necesario que se integre con la voluntad del deudor. Pero debe ser recepticia, vale decir, dirigida a otra parte específicamente determinada, tal como lo establecen los artículos 1373 y 1374 del Código Civil.

La segunda posición doctrinaria sostiene que la interpelación es un hecho jurídico. Los autores que la adoptan (LLAMBÍAS, p. 137) se basan en que la finalidad que se persigue a través de la formulación del reclamo, no es la obtención de una consecuencia jurídica, sino el resultado material, es decir, la realización del pago. Los efectos jurídicos que se deriven de este, se producen solamente porque así lo dispone la ley, no por la interpelación en sí.

En la misma línea de pensamiento se encuentra Larenz –citado por Wayar (pp. 364 y 365)–, quien considera que el requerimiento es, por naturaleza, una declaración del acreedor dirigida al deudor, expresiva de que reclama el cumplimiento inmediato de la prestación. Por lo tanto, es una intimación a la prestación, que no necesita contener indicación alguna de las consecuencias de la mora. De esta forma, se tiene que el requerimiento no es un negocio jurídico, pero sí una declaración (exhortación o proposición) del acreedor, similar al negocio jurídico, que tiene un contenido referido a la obligación del deudor y a la que le son aplicables por analogía los preceptos sobre capacidad negocial y representación, así como emisión e interpretación de las declaraciones de voluntad, pero no aquellos relativos a la impugnación.

Es preciso hacer la salvedad de que cuando los autores extranjeros utilizan la expresión *negocio jurídico*, se están refiriendo a lo que nosotros conocemos como *acto jurídico*.

Una opinión que no se ubica del todo en ninguna de las tesis expuestas, sino que distingue ciertos matices, es la de Wayar (pp. 365-370), quien considera que no es posible aceptar ninguna de ellas, tal cual han sido propuestas. Es decir, que si bien la interpelación es un hecho jurídico, contiene ciertos ingredientes que la particularizan, de tal modo que se hace necesario ubicarla con mayor precisión dentro de las diversas especies de hechos. Por otro lado, tampoco llega a ser un verdadero acto jurídico, ya que no reúne los presupuestos exigidos por el artículo 944 del Código Civil argentino. Dicho de otro modo, Wayar precisa que afirmar que es un hecho jurídico resulta demasiado impreciso y sostener que es un acto jurídico es incorrecto.

Agrega Wayar que debe aceptarse que la intimación, más que un hecho, constituye un acto voluntario lícito. Ahora bien, estos últimos se bifurcan en dos especies:

a) Actos o negocios jurídicos, que sí tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crearlas o modificarlas; y

b) Simples actos lícitos, cuando falta aquella inmediata finalidad. En este sentido, si lo que se busca con la interpelación es un resultado material y no un efecto jurídico inmediato, sería un simple acto lícito.

Sin embargo, Wayar opina que la interpelación es un acto semejante a un negocio jurídico o, como es denominado por otros autores, un acto jurídico *stricto sensu*. Estos actos son los que se realizan por un agente con la conciencia y aun con la voluntad de producir un resultado de Derecho, pero cuyo efecto depende exclusivamente de la ley: por ejemplo, la interpelación constitutiva de mora.

A continuación, Wayar formula una precisión que cabe resaltar: Sostiene que el contenido del acto jurídico dependerá del concepto que se tenga del mismo. Si por acto jurídico se entiende solo un acto voluntario y lícito por el cual las partes regulan sus relaciones jurídicas (*lato sensu*), debe admitirse que también los efectos quedan sometidos a la regulación que las partes quieran darle conforme a la autonomía de la voluntad, pudiendo incluso apartarse de la ley. Y, siendo así, la interpelación constitutiva de la mora no es un negocio jurídico, desde

que su efecto no depende ni se regula por el querer del interpelante, sino exclusivamente por la ley, con prescindencia de la voluntad individual.

En el sentido descrito por Wayar, Brebbia afirma que "cuando el acreedor requiere el cumplimiento de la obligación al deudor, no pretende regular sus relaciones con él sino simplemente persigue la finalidad de obtener la prestación que se le debe. Ahora bien, la ley adjudica a ese propósito, evidenciado mediante el requerimiento, un efecto que se produce aunque no haya sido querido realmente por el acreedor: la constitución en mora" (BREBBIA, p. 70).

Wayar concluye expresando que cuando la ley subordina el estado de mora a la previa interpelación, solo está exigiendo que el acreedor reclame el pago; es decir, es suficiente que el acreedor manifieste su voluntad de obtener el cumplimiento para que el deudor quede, en virtud exclusiva de la ley y no de aquella declaración, incurso en mora y, por ende, sancionado a soportar sus consecuencias. En este orden de ideas, no es necesario que el acreedor quiera que se produzcan los efectos de la mora, sino que es suficiente que reclame el pago.

Por lo tanto –a decir de Wayar–, la interpelación, por su naturaleza, constituye un acto jurídico *stricto sensu* o, lo que es lo mismo, un acto semejante a los negocios jurídicos.

De lo expuesto advertimos que no es fácil tomar partido en torno a la naturaleza jurídica de la interpelación.

Es cierto que podría ser calificada como un hecho jurídico, en la medida en que no tenga por finalidad constituir en mora al deudor o, en su caso, al acreedor. Es posible, en efecto, que un acreedor requiera a su deudor con el único propósito de exigir que le pague lo adeudado, sin desear constituirlo en mora, caso en el cual dicha interpelación solo sería calificada como un hecho que genera efectos jurídicos.

Sin embargo, podríamos estar en presencia de un verdadero acto jurídico, en la medida en que el agente, obrando con conciencia y voluntad, interpele a su contraparte a fin de constituirlo en mora o de interrumpir el decurso del plazo prescriptorio que venía corriendo contra dicho agente. Pero el problema de la naturaleza jurídica de la interpelación es fundamentalmente práctico, ya que en este terreno resultaría –diríamos que en todos los casos– imposible conocer a ciencia cierta cuáles han sido las motivaciones del agente que interpeló a su contraparte.

Por ello, nos inclinamos a considerar que la interpelación es un acto jurídico, ya que la situación incierta que hemos puesto de manifiesto nos parece insuperable.

Adicionalmente, esta posición se ve reforzada por el hecho de que si el acreedor no reclama el pago al deudor en el tiempo que corresponde, se entiende que tal acreedor está prorrogando tácitamente el plazo del pago.

5. Sistemas de constitución en mora

Cuando nos referimos a los sistemas de constitución en mora, lo hacemos respecto a las formas o modos que la ley prevé para crear el estado moratorio. Sin embargo, tal explicación requiere efectuarse distinguiendo la mora del deudor y la mora del acreedor.

En adelante nuestro análisis sobre la materia.

5.1. Sistema de la mora *ex personae* o mora con interpelación.- Ella se produce cuando la constitución en mora del deudor se realiza a través de la interpelación de este por

el acreedor. De esta manera, la intimación –elemento formal– es concebida como esencial para la configuración de la mora. En suma, sin interpelación no existiría mora (BUSTAMANTE, pp. 98 y 99).

En la primera parte del artículo 1333 del Código Civil se plasma la mora *ex personae,* ya que dicho numeral prescribe que "Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación".

La mora *ex personae* se caracteriza por ser un sistema en el que la interpelación del acreedor al deudor es determinante para la configuración de esa situación jurídica. Por tal razón, Jorge Bustamante (pp. 98 y 99) afirma que este tipo de mora concibe a la intimación –elemento formal– como esencial para el nacimiento de la mora del deudor. En suma, precisa el citado autor, sin interpelación no existiría mora.

El requerimiento de la interpelación, como antes se expresara, ha sido consagrado como regla en el Derecho peruano.

La mora *ex personae* tiene como fundamento la teoría de la prórroga tácita del plazo, ya que si el acreedor, vencida la obligación, no le exige al deudor su cumplimiento, se entiende que aquel le está otorgando a este un plazo de gracia, es decir, está prorrogando tácitamente el plazo de cumplimiento de la obligación.

Llambías (p. 134) considera que la mora con interpelación o mora *ex personae* está impuesta por la necesidad de clarificar la situación de las partes, con la finalidad de que entre ellas reine la buena fe. De ordinario, las relaciones entre acreedor y deudor se mantienen en un terreno amistoso que autoriza a relegar a un segundo plano los derechos estrictos del acreedor. Entonces, es justo que cuando este desea hacer valer sus derechos, lo haga saber categóricamente exigiendo el pago al deudor, a fin de que el último sepa a qué atenerse. Por el contrario, no parece justo que se compute un comportamiento del deudor, si bien indebido, consentido por el acreedor, para agravar la responsabilidad de aquel cuando el acreedor desea efectuar tal consideración, pues desde que ese comportamiento se manifiesta, no tiene más que recurrir a un acto preciso, el requerimiento de pago, que sirve para clarificar las relaciones de las partes y deslindar la postura jurídica de cada una de ellas; o de otra manera pactar expresa o tácitamente que el mero incumplimiento del deudor importará su constitución en mora.

Por su parte, Alejandro Biedma (p. 38) refiere que el principio de la interpelación al deudor para su constitución en mora, se basa en otro más amplio, que es el del *favor debitoris,* es decir que, en caso de duda, se establece que el juez debe pronunciarse por la liberación del deudor.

Agrega el citado autor que el principio del *favor debitoris* fue puesto en su debido lugar por Von Ihering, al advertir que "lo que hay en todo ello de más temible y vejatorio, no es la imperfección en que se encuentra, sino el sentimiento amargo de que el derecho bueno pueda ser pisoteado sin que existan medios para remediarlo".

Asimismo, íntimamente relacionado con este principio, se aduce el argumento de que el deudor es la parte económicamente más débil de la relación contractual. Al respecto, Alejandro Biedma (p. 38) considera que esta posición no tiene mayor asidero en la realidad, ya que la vida social misma la desmiente en muchos casos. Así, tenemos por ejemplo: Cuando el asalariado reclama su remuneración al empleador incurso en mora; en el supuesto de que el acreedor sea un pequeño ahorrista de un depósito a plazo fijo frente a la institución bancaria deudora; el jubilado o pensionado, acreedores de una suma modesta por concepto de

jubilación y pensión frente al Estado nacional, provincia o municipalidad, siendo estos los deudores, que además y como deudores privilegiados, fijan el día en que el jubilado ha de cobrar y el monto que habrá de percibir como beneficio jubilatorio.

Héctor Lafaille (p. 160), por su parte, entiende que los partidarios de la mora *ex personae* fundamentan su posición en las graves consecuencias que origina, para el deudor, la situación de mora. En este sentido, ejemplo de una consecuencia extrema es el hecho de que el deudor que se encuentra en una situación de mora puede –en algunos supuestos– responsabilizarse por el caso fortuito y la fuerza mayor (artículo 1336 del Código Civil peruano). Por tal razón, se ha juzgado equitativo interpelar al deudor, brindándole así la oportunidad de ejecutar su prestación y de eximirse de consecuencias tan serias.

Sin embargo, Lafaille no se considera entre aquellos que apoyan el sistema de la mora con interpelación, ya que opina que más allá de las consideraciones teóricas que estos señalan en respaldo de su posición, que en realidad son débiles, suelen aducirse motivos de orden práctico, entre ellos la dificultad de suprimir un temperamento profundamente arraigado en sus costumbres, aun más si tomamos en cuenta que el interesado puede eliminar el extremo, insertando en la convención una cláusula contraria.

Marty (p. 40) opina, respecto a la mora *ex personae,* que es comprensible su utilidad cuando no se ha fijado fecha para el cumplimiento de la obligación. Por lo que sería necesario que el acreedor reclame lo que se le debe y, de esta forma, advierta al deudor que se halla constituido en mora.

Esta afirmación refleja que el citado autor entiende el sistema de constitución en mora con interpelación de manera restrictiva, ya que solo la considera necesaria en tanto no exista un plazo determinado para que el deudor cumpla con su obligación.

Por otro lado, consideramos pertinente que el sistema de constitución en mora con interpelación o mora *ex personae,* sea analizado vinculándolo con el tema de "mora y lugar de cumplimiento".

Esto en razón de lo previsto por el artículo 1238 del Código Civil, el cual señala que "El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso (...)".

De esta manera se establece como regla general que el lugar de pago de la obligación es el domicilio del deudor y, como excepción, que el pago se realice en lugar distinto.

5.2. Sistema de la mora *ex re* o mora sin interpelación.- Este tipo de mora –también conocida como mora automática– no requiere que el acreedor, una vez vencido el término fijado para el cumplimiento de la obligación, intime al deudor, ya que el simple paso del tiempo interpelará por el hombre.

La mora *ex re* es admitida en nuestro Derecho Civil con carácter excepcional, pues ella solo opera en los supuestos taxativamente previstos por los cuatro incisos consignados en la segunda parte del artículo 1333 del Código Civil.

A continuación, pasamos a detallar cada uno de los casos en los que rige el sistema de la mora *ex re* en dicho Código.

5.2.1. Mora automática cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.- En la segunda parte del artículo 1333 del Código Civil se enumeran una serie de supuestos que

configuran la mora *ex re*. Así, el inciso primero configura la situación de mora sin necesidad de interpelación cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

Sin lugar a dudas, se trata del supuesto más representativo de la mora automática de pleno derecho o *ex re*.

No solo eso, sino que es también el caso más común al que las partes recurren para tal efecto. Si comparamos su frecuencia con aquellos otros supuestos de mora automática, es sin duda el más relevante aquel en el cual las partes deciden –ellas mismas– que el solo paso del tiempo sí interpela por el hombre.

Además, se presenta habitualmente en la contratación escrita, en masa o en la contratación mercantil, en donde el propio Código de Comercio –como vimos oportunamente– la constituye en regla.

Para un análisis más detallado del tema, nos ocuparemos en primer lugar del supuesto de la mora automática por disposición expresa de la ley o mora legal, y luego de la mora *ex re* establecida por pacto expreso entre las partes.

5.2.2. Mora legal.- La mora legal, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil, tiene lugar en las hipótesis expresamente previstas por el ordenamiento jurídico. En efecto, la ley, en ciertas situaciones particulares, prescinde del requerimiento del acreedor para la constitución en mora del deudor.

Existe un repertorio de situaciones en que se produce el supuesto de mora legal. A continuación, exponemos algunos ejemplos en que ella se configura dentro del ordenamiento jurídico peruano.

El artículo 430 del Código Civil, referente a la patria potestad, dispone que el saldo que resulte en contra de los padres, produce intereses legales desde un mes después de la terminación de la patria potestad. Esta norma constituye un supuesto de mora automática por mandato de la ley, pues el simple transcurso del tiempo (un mes después de la terminación de la patria potestad) origina la deuda de intereses legales, por parte de los padres, la misma que, teniendo en cuenta que ha concluido la patria potestad, sería de intereses legales moratorios.

El artículo 78 de la Ley General de Sociedades, por su parte, prescribe que "El accionista debe cubrir la parte no pagada de sus acciones en la forma y plazo previstos por el pacto social o en su defecto por el acuerdo de la junta general. Si no lo hiciere, incurre en mora sin necesidad de intimación". De la lectura de esta norma se desprende que se trata de un caso de mora legal (automática).

El artículo 200 de la misma Ley General de Sociedades, relativo al derecho de separación del accionista, prevé en su antepenúltimo párrafo que "(...) La sociedad pagará los intereses compensatorios devengados entre la fecha del ejercicio del derecho de separación y el día del pago, los mismos que serán calculados utilizando la tasa más alta permitida por ley para los créditos entre personas ajenas al sistema financiero. Vencido dicho plazo, el importe del reembolso devengará adicionalmente intereses moratorios (...)". Aquí claramente aparece un supuesto de mora automática prevista por la ley.

5.2.3. Mora convencional.- Esta hipótesis de mora automática se origina por voluntad de las partes. Son estas las que pueden convenir libremente, en ejercicio de su autonomía contractual, que el solo incumplimiento del deudor en el plazo previsto, independientemente de toda interpelación, lo constituya en mora.

En este sentido, Jorge Joaquín Llambías (p. 151) considera que la constitución en mora no es de orden público, por lo que la supresión de la exigencia de la interpelación no atenta contra la moral ni contra las buenas costumbres. Por esta razón, no habría impedimento alguno para que las partes establecieran un régimen de constitución en mora más riguroso para el deudor que el sustentado en la interpelación.

Además, agrega el citado autor, como el pacto de mora automática significa una renuncia anticipada por parte del deudor a que se le efectúe el requerimiento, es decir, un sistema menos benigno para este –a quien en caso de duda se tiende a favorecer–, la ley exige que ese pacto sea expreso; ello, con la finalidad de que la voluntad derogatoria del requisito de la interpelación se manifieste claramente. De lo que se desprende que toda duda al respecto implica la exclusión del pacto especial, manteniéndose el principio de la mora *ex personae.*

Finalmente, precisa anotarse que no todas las legislaciones exigen que el pacto de mora *ex re* entre las partes sea expreso. Al respecto, Larroumet (p. 100) señala que, puesto que la exoneración de la interpelación deroga un principio, hubiera podido admitirse que debía ser expresa y que no podía deducirse de circunstancias o de ciertas estipulaciones no explícitas. Sin embargo, la jurisprudencia francesa se ha mostrado aquí aun liberal, pues ha considerado que podía deducirse de ciertas disposiciones contractuales que el acreedor no tenía que poner al deudor en mora de ejecutar una obligación, ya que los jueces interpretan soberanamente la voluntad de los contratantes a este respecto. Así, la estipulación según la cual se debe entregar un bien o se debe realizar un servicio una vez concluido el contrato, dispensaría al acreedor de la constitución en mora. La solución puede explicarse por el hecho de que el requerimiento supone un plazo otorgado al deudor y que, si el acreedor lo deja pasar sin exigir la ejecución, ello significa que lo prorrogaría tácitamente. Por el contrario, cuando no se ha estipulado ningún término, el acreedor espera obtener una ejecución inmediata y resultaría demasiado oneroso obligarlo a constituir en mora al deudor desde la celebración del contrato.

5.2.4. Mora automática derivada de la naturaleza y circunstancias de la obligación.- Este supuesto de mora *ex re* se halla expresamente plasmado en el inciso segundo del artículo 1333 del Código Civil, el mismo que prescribe que no es necesaria la intimación para que la mora exista: "Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla".

Según expresa Jorge Joaquín Llambías (p. 153), a este supuesto se le denomina mora *ex re,* ya que el cumplimiento del deudor resulta jurídicamente por imperio de la naturaleza de las cosas, es decir, de la obligación de que se trata.

Su fundamento radica en la interpretación de la voluntad de las partes, pues se considera que estas han entendido que por fuerza de la naturaleza de la obligación, el pago en el momento oportuno era tan importante que su omisión debía llevar aparejada la responsabilidad del deudor. Por tal razón, se suele decir que hay, en este sentido, una estipulación tácita de mora automática, sin que en realidad exista, naturalmente.

Según Llambías, para que se produzca este tipo de mora se debe presentar, en primer lugar, la situación en la que el deudor debe tener conocimiento de la importancia que reviste el pago puntual de la prestación para el acreedor. Si no fuera de esta manera, fallaría el consentimiento del deudor, tácitamente prestado, para someter este aspecto de la obligación a un régimen más riguroso como la mora *ex personae.*

En segundo lugar, el conocimiento referido ha de ser contemporáneo a la constitución de la obligación. Desde su nacimiento, la obligación está sujeta a un régimen uniforme que no puede ser variado por voluntad de una sola de las partes.

Respecto de la norma bajo comentario, la doctrina consigna los siguientes ejemplos: la construcción de un pabellón para una exposición, que indudablemente debe ser terminado para el día señalado, y en defecto de lo cual no es necesario requerimiento alguno para constituir en mora. Igualmente, el transporte de mercaderías a un barco que debe partir en fecha determinada. Un préstamo solicitado para solventar una obligación bancaria que tiene un plazo cierto para ser pagada. Los servicios de una orquesta contratada para una boda. Un chofer de limosina cuyos servicios se contratan para transportar a una novia a la iglesia a una hora determinada, etc.

Son estas obligaciones sometidas a lo que en doctrina se denomina plazo esencial, es decir, con determinación perentoria del tiempo de cumplimiento. En palabras de Cazeaux y Trigo Represas (p. 122), en estos supuestos la mora surge de la propia modalidad de la obligación, sin necesidad de una interpelación especial.

Mariano Gagliardo (pp. 19 y 20) sostiene que las hipótesis de obligaciones sujetas a un plazo esencial, configuran aquellos casos en los cuales el incumplimiento relativo (mora) asume el carácter de inejecución absoluta, total o definitiva, por lo cual ni siquiera es necesaria la interpelación.

Asimismo, el citado autor señala que con respecto al plazo esencial, el Código Civil italiano (artículo 1457), a diferencia del ordenamiento argentino, dice: "Si el término fijado para la prestación de una de las partes debiese considerarse esencial en interés de la otra, salvo pacto o uso en contrario, sin siquiera exigir su ejecución a pesar del vencimiento del término, deberá dar noticias de ella a la otra parte dentro de tres días. En su defecto, el contrato se entenderá resuelto de derecho, aunque no se hubiese pactado expresamente la resolución".

Para Gagliardo, la esencialidad del término depende de la voluntad y necesidad del acreedor de recibir la prestación en la forma oportuna, pues si fuese extemporáneamente cumplida, resultará irrelevante para el interesado. Es decir, agrega, el cumplimiento en cierto tiempo integra la voluntad del acreedor como elemento fundamental de la estructura del acto, motivo por el cual el plazo esencial adquiere carácter de extintivo o resolutorio.

Gagliardo considera que el plazo convenido –como móvil determinante– puede ser originario al acto o bien incorporado ulteriormente por ambas partes, pero nunca puede ser introducido en forma unilateral por una de ellas.

En todo caso, concluye, la carga de la prueba respecto de la existencia del plazo corresponde a quien lo alega, pues en el supuesto de duda la obligación se considerará pura y simple.

De lo expresado en torno a las obligaciones sometidas a plazo esencial, se tiene que la falta de cumplimiento en el tiempo pactado o que surgiera de la naturaleza y circunstancias de la prestación debida, puede ocasionar el incumplimiento definitivo y total y no el mero retardo, aunque materialmente la prestación asumida pudiese efectuarse después de vencido el plazo.

Lo manifestado se percibe con nitidez en el ejemplo propuesto de la contratación de una limosina con el objeto de que transporte a la novia a la iglesia a una hora determinada; si la limosina no cumple con llevar a la novia el día y a la hora indicada, no habrá retraso, sino incumplimiento definitivo, por lo que no se configurará la mora del deudor.

En este sentido, es evidente que el transporte puede efectuarse en cualquier otro momento; sin embargo, para el acreedor ello carecerá de interés, si no se efectúa de modo de poder llegar a la hora determinada para contraer matrimonio.

Pero todos los ejemplos citados de plazo esencial se encuentran en la línea divisoria entre la mora y el incumplimiento definitivo. Es más, creemos que resultaría difícil sostener que en ellos habría mora.

Estimamos, para que el deudor se encuentre en mora y no en incumplimiento definitivo, que todavía debe estar presente el interés del acreedor en la ejecución de la obligación por el deudor. Por ejemplo, si un banco contrata a un pintor de nota para la elaboración de un óleo con el rostro del fundador de la institución, a ser colocado en el *hall* principal y develado el día de la inauguración de su nueva sede central, y el deudor incumple con entregarlo en fecha oportuna.

En este caso el banco seguiría interesado en obtener el cuadro, pues más allá de no haber podido inaugurar el edificio exponiéndolo, será importante colocarlo, aunque sea posteriormente, para rendir permanente homenaje a quien tuvo la visión de fundar esa institución.

5.2.5. Mora automática derivada de la manifestación negativa del deudor para cumplir con su obligación.- Según la tesis de Cazeaux y Trigo Represas (p. 122), lo prescrito por el inciso tercero del artículo 1333 del Código Civil peruano constituye un supuesto similar a la mora *ex re,* en el sentido de que hay mora automática "Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación", caso asimilable al que describen los autores citados "Cuando el obligado ha manifestado que no cumplirá la obligación".

Pero, ¿en qué momento debe producirse la negativa del deudor? Si la negativa se manifestase antes de vencer la fecha de cumplimiento de la prestación debida, todavía no habría mora, en la medida en que podría cambiar de parecer hasta la fecha de pago, y proceder, en esta fecha, a pagar la deuda.

Entonces, resulta obvio que la negativa anticipada no será sinónimo de incumplimiento ni de mora automática.

Ahora bien, si luego de la negativa expresa de pago continuara la inacción del deudor y venciese la fecha de pago, inmediatamente después de tal vencimiento se configuraría la mora automática.

Si la negativa del deudor se manifestara una vez vencida la fecha de pago, se produciría el supuesto de mora automática en el momento en que dicho deudor pusiese en conocimiento del acreedor su negativa al cumplimiento. Aquí ya no habría ningún tiempo de espera.

5.2.6. Mora automática cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.- Este caso está previsto por el inciso cuarto del artículo 1333 del Código Civil peruano, al establecer que hay mora automática "Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor", o sea cuando el acreedor no ha podido interpelar al obligado porque causas atribuibles a este lo hicieron imposible.

La doctrina cita como ejemplos el de un deudor que se ausenta sin hacer conocer su nuevo domicilio al acreedor; o el de un deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, entre otros supuestos.

Sin embargo, nosotros no nos encontramos necesariamente de acuerdo con los ejemplos a los que usualmente se refiere la doctrina.

Entendemos como requisito necesario para que se presente el supuesto analizado, que exista culpa en el deudor, y precisamente que esta culpa determine la imposibilidad de intimarlo.

Entonces debe existir una relación de causalidad entre la culpa del deudor y la imposibilidad de intimación.

Así, si el deudor debía pagar en su propio domicilio, para constituirlo en mora el acreedor deberá previamente intentar cobrarle allí. Si el deudor se ausentase de dicho domicilio, sería de aplicación lo dispuesto en el contrato, si se fijó domicilio contractual, o lo prescrito por el artículo 40 del Código Civil, en el sentido de que el cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable.

Entonces, en lo que respecta al cambio de domicilio, deberá tratarse de un supuesto de tal significación que determine la imposibilidad para el acreedor de intimar a su deudor, no obstante utilizar todos los mecanismos que para el efecto le franquea nuestro ordenamiento jurídico, lo que incluiría, desde luego, notificarlo judicialmente por periódico.

Tampoco asumimos el caso del deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, porque la muerte no es un hecho imputable al deudor, a menos que haya sido causada intencionalmente por el propio deudor (suicidio).

Por último, cabe preguntarnos si el supuesto de mora automática que venimos tratando es, en efecto, uno de mora automática, o si, por el contrario, es uno de mora por intimación o requerimiento.

Pensamos que se trata de un caso que se encuentra en el limbo entre las dos clases de constitución en mora, pues en realidad ella no se produce de manera automática, ante un evento ajeno al actuar del acreedor. Esta mora se genera luego de que el acreedor ha realizado las gestiones e intentos necesarios para constituir en mora a su deudor, y después de que dichos intentos resulten infructuosos. En consecuencia, no es automática, pues al menos requiere que el acreedor haya intentado intimar a su deudor.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Bosch, Barcelona, 1997; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Editorial Nascimiento, Santiago de Chile, 1941; ALTERINI, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M. Temas de Responsabilidad Civil. Biblioteca Jurídica Dike, Buenos Aires, 1995; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Imprenta Atlántica, Lima, s/f; Biedma, Alejandro. Mora Automática. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil argentino. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976; BREBBIA, Roberto. Hechos y actos jurídicos (Comentarios a los artículos 869 a 943 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia). Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Sexta Edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado. Tomo III. Ediar S.A., Buenos Aires, 1944; CABALLERO LOZANO, José. La Mora del Acreedor. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992; CANO, José Ignacio. La Mora. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo II, Volumen II. Bosch, Barcelona, 1971; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La Mora del Deudor en las Obligaciones con Prestación de no Hacer. En: Thémis, Segunda Época, número 12,

1988; CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús. El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones. Montecorvo, Madrid, 1979; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1969; CAZEAUX, BREBIA, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, ZANNONI. Temas de Derecho Civil. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Garnier, París, 1869; CUENTAS, Raúl. La Mora en las Obligaciones de no Hacer. En: Diario Oficial El Peruano. Lima, 12 de agosto de 1997; DE LA PUENTE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte, tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1980; ENNECCERUS-LEHMAN. Derecho Civil, tomo II, volumen I, Obligaciones. Bosch, Barcelona, 1935; GAGLIARDO, Mariano. La Mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978; GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, séptima edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1984; GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores. La Mora del Deudor en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1993; HEDEMANN, J.W. Tratado de Derecho Civil, traducido por José Santos Briz, volumen III, Obligaciones. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; HERNÁNDEZ GIL, Félix. La intimación del acreedor en mora ex persona. En: Anuario de Derecho Civil, 1962-2, tomo XV; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, tomo II, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952; LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones. Tipografía Rezzónico, Buenos Aires, 1926; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Temis, Bogotá, 1993; MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. Porrúa S.A., México, 1993; MARTY, G. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Trad. José M. Cajica. Editorial Cajica, Puebla, 1952; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis y PIZARRO, Ramón Daniel. Reflexiones en torno a la Mora del Deudor y el Lugar de Cumplimiento de las Obligaciones. En: El Derecho, tomo 72; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Mora y Lugar de Pago en el Derecho Laboral. Crónica Forense. Segunda Época, año III, número 48, mayo-junio de 1983; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Mora en el Código Civil de Perú de 1984. Ponencia presentada al Congreso celebrado en Conmemoración de los Diez Años del nuevo Código Civil del Perú (Lima, septiembre de 1994); MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Diferencias entre la Mora del Acreedor y Pago por Consignación (con referencia al Código peruano de 1984). Artículo enviado personalmente a los autores por el doctor Luis Moisset de Espanés; OERTMANN, Paul. Introducción al Derecho Civil. Traducción de la Tercera Edición alemana, L. Sancho Seral. Labor, Barcelona, 1933; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: Comisión Reformadora del Código Civil peruano, fascículo V; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Quinta Edición, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Elementos del Derecho Civil Peruano, tomo I. Lima: Tipografía Sesator, 1979; PEIRANO FACIO, Jorge. Estructura de la Mora en el Código Civil. Editorial Temis, Bogotá, 1983; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo VII. La Habana: Cultural S.A., 1945; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos del Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1964; URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Editorial Temis, Bogotá, 1970; SALVAT, Raymundo M. y GALLI, Enrique. Tratado de Derecho Civil argentino, De las Obligaciones en General. Tea, Buenos Aires, 1952; VON THUR, Andreas. Tratado de las Obligaciones, tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1934; WAYAR, Ernesto Clemente. Tratado de la Mora. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1981.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La mora y el interés moratorio

{E}l artículo 1242 del Código Civil (...) consagra el interés moratorio definiéndolo como aquel interés que tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, es decir, este tipo de interés se abona a partir del momento en que el deudor incurre en mora, figura que para el ámbito de las relaciones jurídicas del Derecho Privado se ve delimitada en el artículo 1333 del

Código Civil, cuyo primer párrafo se adscribe al sistema de mora interpelatoria o mora ex persona, que exige que el acreedor requiera o interpele judicialmente o extrajudicialmente a su deudor comunicándole su voluntad de que cumpla con el pago sin dilación; mientras su segundo párrafo adhiriéndose al sistema de mora objetiva prevé los supuestos en que se produce la mora automática en el cual el deudor incurre en mora por el solo vencimiento del plazo cierto ***(Cas. N° 1128-2005-La Libertad).***

Mora *ex personae* en el Código Civil

{E}n lo que respecta a la inaplicación del primer párrafo del artículo 1333 del Código Civil, alude que esta norma consagra el principio de mora ex personae lo cual significa que el solo vencimiento del plazo para cumplir la obligación no basta para que se genere el deber de abonar interés por causa de mora salvo que exista ley expresa que regula la mora automática pues en tanto el deudor no sea requerido judicial o extrajudicialmente para el pago, se entiende que el acreedor otorga prórroga en los plazos al deudor de modo tácito requiriéndose la intimación judicial o extrajudicial para dar nacimiento a la obligación de abonar interés moratorio ***(Cas. N° 3836-2009-La Libertad).***

Excepción a la mora *ex personae*

{E}stando a la interpretación sistemática de las cláusulas del contrato de compraventa con cláusula adicional de constitución de garantía hipotecaria de la referencia, tenemos que no era requisito para ejecutar la garantía hipotecaria submateria, el previo requerimiento de pago al deudor ante la falta de cumplimiento de este último de su obligación dineraria dentro del plazo concedido para ello, desde que de acuerdo al numeral seis de la referida cláusula adicional, no se requería comunicación del banco ejecutante a la parte deudora respecto de su decisión de dar por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes, por lo que la constitución en mora operaba de modo automático de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1333 inciso 1 del Código Civil pues estando al pacto glosado, ya no era necesaria la intimación al deudor para que la mora se configure ***(Cas. N° 1813-2003-Junín)***

Regulación del pago de intereses y la constitución en mora: naturaleza distinta

{E}n cuanto a la denunciada aplicación indebida del artículo 1333 del Código Civil, del tenor de la sentencia de vista se verifica que la Sala Superior señala que en aplicación de esta norma la constitución en mora del deudor no es automática sino que exige un requerimiento previo, y que el demandante no ha probado que efectivamente haya realizado dicho requerimiento. Al respecto tal como se ha precisado en los considerandos precedentes, la pretensión de pago de intereses planteada es respecto a los intereses legales cuyo pago ha sido normado en los artículos 1242 y siguientes del Código Civil, mas no a la mora en el pago que es regulado en los artículos 1333 y siguientes del Código Civil, siendo además que estos institutos jurídicos tienen origen y naturaleza jurídica distinta; resultando en consecuencia indebida la aplicación del artículo 1333 al caso de autos ***(Cas. N° 6102-2009-Tumbes).***

La invitación para regularizar y sanear deudas no constituye una intimación para la constitución en mora

Apelado dicho auto de primera instancia referido, el Colegiado Superior, mediante auto (...) lo confirma. Señala que por ser la presente una acción real, el plazo de prescripción extintiva de la acción es de diez años, de acuerdo al artículo dos mil uno, inciso primero del Código Civil. El mencionado plazo ha transcurrido con largueza hasta el momento del requerimiento de pago por vía notarial, del 4 de setiembre del 2007 (...) previo al momento de interponerse la demanda. En la carta notarial de fecha 10 de marzo del año 2005 (...) se invita al ejecutado (...) para que se apersone ante el Banco ejecutante, dentro del plazo de setenta y dos horas, con motivo de "la regularización y saneamiento de las obligaciones y garantías que mantenga pendientes con el Banco (...)". Del tenor de la carta no se aprecia un requerimiento o exigencia de pago de la deuda, sino solo una invitación a negociar para regularizar y sanear sus adeudos pendientes. El requerimiento o exigencia, para ser tales han de ser categóricos e indubitables, lo cual no se advierte en la mencionada carta. Por tanto, la carta no tiene la calidad de intimación para constituir en mora al deudor, por lo que con la misma no se interrumpe la prescripción extintiva, en aplicación del artículo mil novecientos noventa y seis, inciso segundo, del Código Civil ***(Cas. N° 436-2009-Arequipa).***

Constitución en mora al deudor

Resulta forzoso concluir que la determinación de la mora y el consiguiente cálculo de los intereses deben establecerse y computarse, respectivamente, en base al monto preestablecido con los documentos sustentatorios anexados a la demanda, corroborados por la pericia a que hace referencia la sentencia recurrida, computándose los intereses desde la intimación al pago y no, como lo estableció el fallo impugnado, desde la citación con la demanda, concluyéndose de ello que el artículo 1334 del Código Civil ha sido indebidamente aplicado, por lo que la denuncia del actor en este extremo debe ampararse. Acorde con la motivación precedente y como consecuencia de ello, resulta de aplicación al caso sub materia la norma prevista en el

artículo 1333 del Código Civil por tratarse de un supuesto de constitución en mora respecto a una obligación exigida primigeniamente en forma extrajudicial mediante requerimiento escrito tan pronto como se concluyó la gestión del accionante, concluyéndose de ello que, igualmente, la denuncia de inaplicación de una norma de derecho material debe ser acogida (Cas. N° 1685-2005-Lima).

El emplazamiento constituye una forma de constitución en mora al deudor

{D}e autos se acredita que los intereses fueron computados conforme a lo dispuesto en el referido numeral sustantivo, esto es, desde el momento que el demandante exigió judicialmente al demandado el cumplimiento de la obligación, esto es, con el emplazamiento de la demanda (...) (Cas. N° 131-2009-Lima).

Constitución en mora por requerimiento judicial

Artículo 1334.- *En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.*

Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985.

Concordancias:
C.C. arts. 1246, 1324, 1333, 1985; LEY 26887 art. 22

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre (*)

El Código Civil establece en el artículo 1334 que en las obligaciones de dar sumas de dinero, cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda, exceptuando de los alcances de esta regla a lo dispuesto en el artículo 1985.

El numeral 1334 fue incorporado en el Código a propuesta de la Comisión Revisora. Su propósito, según se desprende de su propio texto, es aclarar que en los casos en que se demanda el pago de un monto indemnizatorio, ilíquido, cuya cuantía requiera ser determinada por el juez, por ejemplo, en el caso de un incumplimiento contractual, la mora existe desde la fecha de notificación con la demanda.

El segundo párrafo del artículo 1334 exceptúa de la regla comentada lo dispuesto por el numeral 1985. Este último precepto señala, en su parte final, que el monto de la indemnización por daños y perjuicios extracontractuales devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. La excepción se justifica, puesto que cuando la deuda deriva de acto ilícito, el deudor incurre en mora automáticamente desde que comete el acto dañoso.

1. La constitución en mora por requerimiento judicial

Respecto de la interpelación judicial, José Cano (pp. 64-66) considera que han surgido dudas y se han planteado problemas; unas veces debido a la reiterada tendencia de la doctrina jurisprudencial a no distinguir entre requerimiento e intimación; otras, causados por la especial configuración de las obligaciones aún no vencidas, no exigibles o ilíquidas.

Añade el citado autor que en relación con las obligaciones vencidas, líquidas y exigibles, se presentan dos tesis opuestas: la que entiende que la interpelación judicial, suficiente para poner en mora al deudor, se produce desde la fecha de la presentación de la demanda por el acreedor insatisfecho; y la que considera que tal fecha debe ser aquella en la que se contesta a esta.

Según Cano, en lo referente a las obligaciones que de alguna manera o por alguna causa todavía no son exigibles, el requerimiento –se haga o no judicialmente– no puede tener efectividad hasta que se conozca exactamente el monto de lo adeudado y sea clara su exigibilidad. Mientras tanto, habrá de esperarse y estarse a lo establecido por la sentencia firme.

Por su parte, Ernesto Wayar (pp. 393-397) considera que, en rasgos generales, "el requerimiento judicial con eficacia moratoria se verifica mediante la notificación al deudor

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

de cualquier pretensión, deducida por el acreedor ante un órgano judicial, por la cual exija inequívocamente el cumplimiento de la prestación".

La pretensión del acreedor –afirma el autor citado– podrá ser canalizada por vía de demanda (o reconvención) ordinaria, sumaria o ejecutiva, o durante el curso de un proceso ya iniciado, es decir, que cualquier acto en un procedimiento judicial que comprenda la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento, debidamente notificado al deudor, vale como requerimiento judicial y es apto para provocar la mora del deudor. Según Wayar, de esta manera lo destaca toda la doctrina y lo acepta pacíficamente la jurisprudencia (LLAMBÍAS, pp.138 y 139).

Wayar agrega que si bien es cierto que a los efectos de la constitución en mora no existe requerimiento mejor, más seguro e inequívoco que el de los procedimientos judiciales, es menester que el acreedor, al formular esa petición, manifieste su voluntad directa y categórica de exigir el cumplimiento.

Por su parte, Rosendo Badani (p. 124) sostiene que la exigencia judicial contenida en la demanda que el acreedor interpone ante el juez para el cumplimiento de la obligación, es la más perentoria declaración que puede hacer el acreedor de querer ser pagado y, por consiguiente, desde el momento en que se le cita con la demanda queda el deudor constituido en mora. Pero –se cuestiona el citado autor– ¿qué sucederá si la demanda es nula o se interpone ante juez incompetente? ¿Servirá siempre este acto para constituir en mora al deudor?

Como lo esencial en este caso es llevar a conocimiento del deudor la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento sin más dilación, aunque la demanda quedase como no interpuesta para los efectos del juicio, siempre serviría como intimación, quedando el deudor constituido en mora, a menos que se omitieran elementos necesarios para la intimación, como sería, por ejemplo, la determinación de la cosa debida.

Respecto de este tema, Giorgio Giorgi (p. 101), Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga (p. 349), y Jorge Eugenio Castañeda (p. 212) recuerdan que la notificación con la demanda, aunque adolezca de nulidad, produce el efecto de constituir en mora al deudor, salvo que conste que el demandado no se instruyó de la notificación. La razón fundamental que respalda esta afirmación es que la notificación judicial llevará a conocimiento del deudor la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación, reuniendo, en todo caso, los caracteres de una interpelación extrajudicial capaz de constituir en mora.

En esta línea de pensamiento se halla Jorge Joaquín Llambías (pp. 138 y 139), quien sostiene que realizada la notificación al deudor, la interpelación es eficaz aunque la demanda sea nula por vicios de forma, o haya sido entablada ante juez incompetente, o sea luego desistida para entablar nuevo juicio, lo cual se explica porque en todas esas hipótesis está patente la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento (WAYAR, p. 396).

Héctor Lafaille concuerda con la posición anotada, al estimar que aquella demanda presentada ante un juez incompetente o aquella otra que fuere nula por vicios de forma, en tanto contenga la manifestación de voluntad del acreedor de exigir la ejecución de su prestación al deudor y ser notificada a este, tendrá los efectos de una interpelación, a pesar de no tener el carácter de una demanda en el sentido técnico de la palabra.

1.1. ¿La notificación de la resolución que ordena trabar embargo preventivo y otras medidas cautelares constituyen al deudor en mora?

Llambías (p. 140) sostiene que la notificación del auto que resuelve trabar medidas precautorias con carácter preventivo no tiene, por sí sola, capacidad para producir la mora del deudor. Para esto será necesario que se verifique con posterioridad la demanda principal, ya que quien pide –en un primer momento– un embargo, está implícitamente exigiendo el pago, pero es obvio que el acreedor carece de voluntad actual, es decir, solo busca asegurar o garantizar su crédito, pero no está exigiendo el pago. En cambio, cuando este interponga la demanda principal –en un segundo momento– recién estará exigiendo directamente la realización del pago, con lo que habrá constituido en mora al deudor.

Wayar (pp. 394 y 395) refiere que la carencia de voluntad actual se pone en evidencia cuando el embargo se solicita para garantizar créditos aún no exigibles –por encontrarse pendiente de cumplimiento una condición suspensiva o un plazo, etc.–, lo que es posible de acuerdo con los mecanismos procesales.

Agrega el citado autor que la cuestión es distinta cuando el embargo va precedido de una intimación de pago y citación de remate, como sucede en los juicios ejecutivos. Esto supone el ejercicio de una acción ejecutiva que es, por esencia, una exigencia de pago. De esta manera, se comprende que la mora se produce no en razón de la petición de embargo, sino del ejercicio de la acción ejecutiva.

1.2. ¿Desde cuándo se computan los efectos del requerimiento judicial?

Wayar (pp. 395 y 396) refiere que la doctrina es de opinión unánime respecto a que los efectos del procedimiento judicial se producen a partir de la notificación al demandado o desde el "diligenciamiento de la intimación del pago (mandamiento) en los juicios ejecutivos", como consecuencia del carácter recepticio que debe tener la declaración de voluntad del acreedor. Esto equivale a decir que no basta la sola presentación de la demanda o del escrito pertinente ante el juez, si aquella no llega a conocimiento del deudor.

Convenimos plenamente con este parecer y sus fundamentos.

1.3. La perención de instancia no perjudica ni anula el efecto moratorio de la notificación de la demanda

Como es sabido, luego de notificada la demanda puede producirse la perención de la instancia por inactividad del actor.

En torno de esta idea, los autores discrepan, en el sentido de que algunos consideran que esto desvanecería el efecto interpelatorio de la notificación de la demanda (GALLI, citado por SALVAT, p. 106); en tanto otros (LLAMBÍAS, p. 141) estiman que la perención solo produce efectos procesales, sin alterar los derechos de fondo; por tanto, la mora producida por la comunicación de la voluntad del acreedor no quedaría invalidada por el posterior decaimiento del medio –la instancia judicial– empleado para transmitir esa comunicación al deudor; aun careciendo de valor como requerimiento judicial, siempre serviría como requerimiento extrajudicial.

Nos inclinamos por la segunda de las posiciones anotadas, al considerarse que si bien el abandono de instancia podría constituir una manifestación de voluntad, por omisión, en virtud de la cual se estaría poniendo de manifiesto una falta de interés en continuar con el proceso judicial, o incluso representar la sobreviniente ausencia de voluntad de cobro

de la deuda, tal eventualidad no enervaría, ni mucho menos desaparecería, los efectos de la notificación con la demanda, acto inicial en el que se encontraba plenamente vigente la voluntad de cobro de la deuda y que, como tal, produjo la constitución en mora del deudor.

La perención o abandono de instancia no determina, en nuestra opinión, que cese la situación de mora del deudor.

2. Formas extrajudiciales de constitución en mora

Como se ha expresado oportunamente, en la interpelación rige el principio de libertad de forma, por lo que aquella puede verificarse sin la intervención de la autoridad judicial.

Héctor Lafaille (p. 161) considera que cuando la interpelación se produce extrajudicialmente, nos encontramos con mayor elasticidad en las formas, ya que puede utilizarse un notario, la correspondencia –por cualquiera de los medios conocidos–, o incluso, hasta hacerlo de una manera verbal.

En teoría –dice Lafaille– todos estos recursos serían eficaces; pero si el hecho fuese negado en juicio, las dificultades sobre la prueba se tornarían a veces insuperables. Por ello, estima que debe recomendarse un sistema que permita demostrar en su caso, la existencia del hecho, tanto como la fecha en que él se produjo, detalle indispensable para fijar el punto de partida de los efectos.

Según el citado autor, esto se logra con la actuación notarial, ya con un telegrama que, aparte de conservar copia de la exigencia del acreedor, deja también constancia de que fue recibido por el destinatario.

Por su parte, Llambías (pp. 139 y 140) entiende por requerimiento extrajudicial a la exigencia de cumplimiento de la obligación que se efectúa sin intervención de la autoridad judicial. Indica, asimismo, que puede realizarse bajo cualquier forma, sea por telegrama, por teléfono, verbalmente o por carta. En la elección del modo de transmisión de la exigencia de pago al deudor, no hay limitación alguna. Solo juega una posible dificultad de prueba que hace aconsejable recurrir a medios que dejen rastros que permitan después comprobar en juicio el hecho, en caso de ser negado por el deudor, como sería la intervención especial de un notario.

Wayar (pp. 397 y 398) comparte las posiciones expresadas, en el sentido de que el requerimiento también puede verificarse sin intervención de la autoridad judicial, pues rige al respecto el principio de libertad en la elección de las formas.

Recuerda que en el pasado se sostuvo que la intimación extrajudicial, para ser eficaz, tenía que ser formulada por escrito. Así lo enseñaba Giorgi y una calificada escuela francesa. Hoy esta postura está definitivamente sepultada.

Refiere que nadie duda que el acreedor está facultado para reclamar el cumplimiento, utilizando la forma escrita o hablada. Señala que una rotunda demostración de lo afirmado resulta de la doctrina jurisprudencial. Reiteradamente se ha resuelto que es válida la interpelación efectuada verbalmente, por teléfono, por carta y, con mayor razón, por telegrama o por acta notarial.

Mariano Gagliardo (pp. 26 y 27), a su turno, expresa que la intimación extrajudicial no requiere fórmulas solemnes o sacramentales no impuestas por la ley.

Agrega –coincidiendo con los autores citados– que puede recurrirse a cualquier medio, aun a la intimación verbal o telefónica, no obstante lo cual, por el hecho de no ser estas fehacientes, pueden motivar una seria y severa dificultad probatoria. Por lo que en su concepto la única vía que brinda absoluta certeza es el acta notarial, donde se constata el requerimiento de pago, o bien la carta notarial con aviso de entrega, que constituyen instrumentos públicos que hacen plena fe de los hechos cumplidos o pasados.

Añade dicho autor que la carta simple, certificada o con aviso de retorno, con la sola intervención del acreedor, prueba la recepción mas no su contenido.

Finalmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra tanto la forma judicial como extrajudicial de requerimiento. Así, recordamos que el primer párrafo del artículo 1333 del Código Civil expresa lo siguiente: "Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación", entendiéndose que lo que la ley persigue es que el deudor conozca de manera indubitable la interpelación de pago realizada por el acreedor, para lo cual es aconsejable que la extrajudicial se efectúe de tal modo que pueda demostrarse fácilmente su realización.

Pero hoy en día abundan los medios a través de los cuales se puede interpelar. Como es sabido, la contratación contemporánea se produce a través del empleo de los más diversos medios de comunicación.

Ello no significa que se haya dejado de contratar directa o personalmente, sino que a los medios o vías tradicionales se han agregado otros a los cuales las personas confían sus relaciones personales y comerciales.

Es evidente que los medios a los que recurren las partes para contratar son, en muchos casos, los mismos a los que acuden para constituir en mora a su contraparte.

En tal sentido, vamos a efectuar un repaso sobre los medios relativamente novedosos que desde el siglo pasado constituyen vías usuales de contratación y de constitución en mora.

Como se sabe, es frecuente contratar por teléfono. El teléfono, a pesar de su antigüedad, resulta ser uno de los más eficaces medios de comunicación, pues a diferencia de otros, permite a las personas comunicarse inmediatamente y escuchar en forma recíproca sus voces, sin más dilación que lo que demora la velocidad de transmisión de la señal.

En este sentido, así como las personas contratan por teléfono, también es usual constituir por este medio en mora.

Cabe la posibilidad, desde luego, de que pueda efectuarse una comunicación telefónica dejando un mensaje en la contestadora automática de llamadas, lo que equivale a decir que es posible constituir en mora dejando la intimación grabada en el receptor del deudor.

A partir de la década de 1980, se produjo en el Perú un crecimiento muy importante en lo concerniente a comunicaciones escritas por medio de equipos reproductores de imágenes a distancia, llamados fax.

Se puede decir que hasta antes de la aparición de Internet, la contratación por fax y subsecuente constitución en mora a través de este medio, se convirtieron en una vía de uso frecuente.

Incluso, luego de la aparición de Internet, la utilización del fax/modem permitió dar un gran salto informático vía Internet, ya que él, además de transmitir datos, hace posible enviar

y recibir transmisiones de fax, directamente desde una computadora, ahorrando tiempo, papel y molestias.

De esta forma, en lugar de imprimir primero un documento y enviarlo luego por fax, se puede remitir una copia electrónica directamente.

Sin duda, este medio se convirtió en uno de carácter muy eficaz para los requerimientos intimatorios. Incluso, el fax/modem empezó a permitir la constitución en mora de carácter masivo, ya que un mismo acreedor puede, a través de este medio de comunicación, enviar un documento intimatorio a una multiplicidad de deudores, tan fácilmente como lo podría hacer con respecto a uno solo, y estos deudores recibirán una copia incluso más clara que la original, aunque solo cuenten con un fax convencional.

La utilidad del fax como medio de comunicación e intimación moratoria se basa fundamentalmente en la posibilidad de transmitir, a través de la línea telefónica, reproducciones literales de cualquier documento escrito, en cualquier superficie de papel o similares. En este sentido, la fidelidad del contenido del documento intimatorio resultará protegida por el medio empleado.

Por otra parte, tenemos la posibilidad de constituir en mora a través del *beeper* o sistema busca-personas.

Antes de la difusión y perfeccionamiento sofisticado de la telefonía celular, el sistema busca-personas constituyó un medio sumamente eficaz para las comunicaciones.

Como sabemos, el mismo consiste en un sistema a través del cual el interesado en contar con el servicio se abona a una empresa que lo brinde, y con la utilización de un pequeño aparato receptor *(beeper),* se le enviarán todos los mensajes que reciba en su respectivo número de abonado de la central.

Resulta evidente que, dentro de los mensajes que las personas pueden dejar en una central de sistema busca-personas, están eventuales constituciones en mora, motivo por el cual esta comunicación resulta relevante para el tema que nos ocupa.

De otro lado, tenemos en materia contractual y de comunicaciones informáticas, a las relaciones jurídicas entabladas con la intermediación de computadores programados algorítmicamente para realizar determinados actos.

Como sabemos, la algoritmia es la ciencia del cálculo aritmético y algebraico. Es la teoría de los números.

Algorítmico es lo perteneciente o lo relativo al algoritmo. En tanto que algoritmo es el conjunto ordenado y finito de operaciones que permiten hallar la solución de un problema.

Este es el caso de las máquinas de expendio automático de bienes o servicios.

Dentro de las máquinas de servicio automático tenemos a los teléfonos públicos, sean estos accionados por tarjeta o por monedas. En estos casos, la computadora es capaz, incluso, de leer cuánto queda disponible para el uso de la respectiva tarjeta o contar las monedas y dar vueltos.

Aquí también se ubican las tragamonedas de los casinos o casas de juego, a través de las cuales se celebran los denominados contratos de juego o apuesta.

Tanto las máquinas de expendio de bienes como aquellas de servicios, actúan de acuerdo a lo programado y no se encuentran conectadas, necesariamente, a alguna red.

De otro lado, es sabido que en la actualidad se pueden entablar relaciones jurídicas a través de computadores que funcionen como dos terminales conectados entre sí, caso en el cual la comunicación se realizará por una línea de teléfono o por una red de comunicaciones telemática, frente a la cual se encuentran una o más personas.

En materia de conexión entre computadores existen varias alternativas.

Una de ellas puede ser a través de una línea de punto a punto. En este sentido, la comunicación variará según la forma de su recepción, pudiéndose presentar dos supuestos. El primero es que la comunicación sea recibida por un operador, en tanto el segundo es que un operador se comunique con un banco de datos, vale decir, que su declaración de voluntad no sea recibida por otro operador, sino que se encuentre con información estructurada algorítmicamente, de tal forma que él mismo pueda encontrar lo que necesita.

En el primero de esos supuestos, esto es cuando la comunicación es recibida por un operador, estamos en presencia de dos terminales con un operador en cada uno de ellos.

Para poder realizar una comunicación de este tipo es necesaria la utilización de sendos módems. El módem es un dispositivo que adapta una terminal o computador a una línea telefónica, convirtiendo las pulsaciones digitales del computador en audiofrecuencias y luego vuelve a convertir estas en pulsaciones en el lado receptor.

Cada computadora debe tener un módem (dentro o adjunto y conectado), y cada módem tiene que estar conectado a la línea telefónica.

En este caso caben, incluso, algunos supuestos diversos, como que ambas partes hablen por teléfono, hipótesis según la cual las partes pueden convenir en que cada una marque una opción en su respectiva computadora para que conversen entre sí.

Al inicio de la operación, lo normal es que una hable y la otra escuche, es decir, que cuando empiezan a conversar las computadoras con el auxilio de los módems, una debe ser la que llama y otra la que contesta; pero luego las dos hablan a la vez.

Debe mencionarse que existe un procedimiento estándar inicial para que la línea esté conectada. Nos referimos a un protocolo de comunicaciones, destinado a que las computadoras den acceso al usuario para que pueda hacer lo que desee.

Es evidente que dentro de esta comunicación computarizada, una de las partes podría enviar a la otra un mensaje de intimación o constitución en mora.

Otro de los casos en que la comunicación es recibida por un operador, es aquel en el cual las dos computadoras se encuentren permanentemente prendidas y esperando cualquier señal.

En alguno de los dos puntos alguien desea algo y activa el programa para que la computadora llame y esta lo hace sola.

Debemos mencionar, a manera ilustrativa, que en nuestro sistema telefónico se pasa por una línea pública conmutada (es decir, que se pueden usar para la comunicación diferentes caminos en distintos momentos, haciendo uso de los pares de líneas disponibles), la misma que se usa en el instante en que se necesite.

Pero también se puede alquilar o comprar un circuito dedicado o especial. Este circuito será exclusivo. Nadie más lo podrá utilizar, y siempre estará listo para su uso. Se podría decir, a manera ilustrativa, que en la central telefónica se "unen dos cables", a efectos de hacer viable esta comunicación.

Las comunicaciones punto a punto son aquellas que se realizan entre dos lugares conectados por línea telefónica, pudiéndose dar a través de línea conmutada o a través de circuito dedicado o especial.

La comunicación multipunto es aquella que incluye varios puntos a la vez. Una computadora puede ser el centro y permitir que los usuarios se comuniquen con ella para enviarse mensajes entre sí. Como es obvio, esta situación no es necesaria para la comunicación entre las partes, ya que la misma podría producirse directamente. En la práctica podría haber multipunto con un módem que actúe como vínculo; pero lo normal es que este procedimiento se utilice para que varias computadoras se comuniquen entre sí, como ocurre en las redes de los bancos.

En el segundo supuesto citado, o sea cuando un operador se comunica con un banco de datos, es decir, que su declaración de voluntad no es recibida por otro operador, sino que se encuentra estructurada algorítmicamente de tal forma que él mismo puede encontrar lo que necesita, también podemos pensar en supuestos de constitución en mora, y este será uno de aquellos casos en los cuales una persona constituya en mora a otra, pero no comunicándose directamente con esta, sino haciendo llegar la intimación a través del mecanismo estructurado algorítmicamente por el eventual deudor incumpliente.

Pero, más allá de lo anotado, resulta claro que no será posible constituir en mora si dentro de las funciones de la programación algorítmica no se encuentra una en donde resulte factible procesar la información del requerimiento de pago.

Otra alternativa de conexión entre computadores es aquella que se produce a través de la red *InterLan*. Este servicio está destinado a satisfacer las necesidades de transmisión de datos del sector empresarial.

Se trata de un servicio de transmisión de datos basado en el protocolo *Frame Relay* que permite la conexión de redes de área local (LAN) de una empresa, utilizando circuitos virtuales permanentes (CVP) que emulan a circuitos digitales dedicados, los cuales permiten interconectar las diversas sedes de las empresas entre sí, con un considerable ahorro en equipos terminales de usuario y en el empleo de recursos de red.

El *InterLan* tiene una gran capacidad de tráfico y puede cursar grandes volúmenes de información (textos, gráficos, sonido y video), debido a la eficiente utilización de su ancho de banda.

Dentro de esta vía de comunicación moderna, también resulta factible constituir en mora a la contraparte.

En adición a lo expresado, tenemos a las comunicaciones entabladas por correo electrónico.

Como sabemos, Internet conecta a computadores en todo el planeta, siendo un medio de acceso al mundo, constituyéndose en el conducto para acceder a un fondo mundial con los recursos y conocimientos de millones de personas. Genéricamente hablando, se trata de un conjunto de redes unidas.

Para acceder a Internet, el interesado debe conectarse a un proveedor de Internet, empresa que se establece como puente entre los usuarios finales y la red Internet; a no ser que la persona tenga acceso a través de alguna organización gubernamental, científica o universitaria, que suelen ser gratuitas y que, de hecho, fueron uno de los pilares de la creación de Internet.

El correo electrónico o *e-mail* implica que cada uno de los cientos de millones de usuarios de Internet está identificado con una dirección de correo electrónico. Para enviar el correo, basta con escribir el texto mediante el programa adecuado, e indicar la dirección del destinatario. Resulta evidente que el correo electrónico y su empleo a través de Internet, representan en nuestros días uno de los modos más eficaces de comunicación a distancia y una forma que también puede utilizarse para constituir en mora.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Bosch, Barcelona, 1997; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Editorial Nascimiento, Santiago de Chile, 1941; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Temas de Responsabilidad Civil. Biblioteca Jurídica Dike, Buenos Aires, 1995; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Imprenta Atlántica, Lima, s/f; BIEDMA, Alejandro. Mora Automática. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil argentino. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976; BREBBIA, Roberto. Hechos y actos jurídicos (Comentarios a los artículos 869 a 943 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia). Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Sexta Edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado. Tomo III. Ediar S.A., Buenos Aires, 1944; CABALLERO LOZANO, José. La Mora del Acreedor. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992; CANO, José Ignacio. La Mora. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo II, Volumen II. Bosch, Barcelona, 1971; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La Mora del Deudor en las Obligaciones con Prestación de no Hacer. En: Thémis, Segunda Época, número 12, 1988; CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús. El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones. Montecorvo, Madrid, 1979; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1969; CAZEAUX, BREBIA, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, ZANNONI. Temas de Derecho Civil. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Garnier, París, 1869; CUENTAS, Raúl. La Mora en las Obligaciones de no Hacer. En: Diario Oficial El Peruano. Lima, 12 de agosto de 1997; DE LA PUENTE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte, tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1980; ENNECCERUS-LEHMAN. Derecho Civil, tomo II, volumen I, Obligaciones. Bosch, Barcelona, 1935; GAGLIARDO, Mariano. La Mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978; GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, séptima edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1984; GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores. La Mora del Deudor en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1993; HEDEMANN, J.W. Tratado de Derecho Civil, traducido por José Santos Briz, volumen III, Obligaciones. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; HERNÁNDEZ GIL, Félix. La intimación del acreedor en mora ex persona. En: Anuario de Derecho Civil, 1962-2, tomo XV; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, tomo II, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952; LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones. Tipografía Rezzónico, Buenos Aires, 1926; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Temis, Bogotá, 1993; MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. Porrúa S.A., México, 1993; MARTY, G. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Trad. José M. Cajica. Editorial Cajica, Puebla, 1952; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis y PIZARRO, Ramón Daniel. Reflexiones en torno a la Mora del Deudor y el Lugar de Cumplimiento de las Obligaciones. En: El Derecho, tomo 72; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Mora y Lugar de Pago en el Derecho Laboral. Crónica

Forense. Segunda Época, año III, número 48, mayo-junio de 1983; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Mora en el Código Civil de Perú de 1984. Ponencia presentada al Congreso celebrado en Conmemoración de los Diez Años del nuevo Código Civil del Perú (Lima, septiembre de 1994); MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Diferencias entre la Mora del Acreedor y Pago por Consignación (con referencia al Código peruano de 1984). Artículo enviado personalmente a los autores por el doctor Luis Moisset de Espanés; OERTMANN, Paul. Introducción al Derecho Civil. Traducción de la Tercera Edición alemana, L. Sancho Seral. Labor, Barcelona, 1933; OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: Comisión Reformadora del Código Civil peruano, fascículo V; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Quinta Edición, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Elementos del Derecho Civil Peruano, tomo I. Lima: Tipografía Sesator, 1979; PEIRANO FACIO, Jorge. Estructura de la Mora en el Código Civil. Editorial Temis, Bogotá, 1983; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo VII. La Habana: Cultural S.A., 1945; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos del Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1964; URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Editorial Temis, Bogotá, 1970; SALVAT, Raymundo M. y GALLI, Enrique. Tratado de Derecho Civil argentino, De las Obligaciones en General. Tea, Buenos Aires, 1952; VON THUR, Andreas. Tratado de las Obligaciones, tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1934; WAYAR, Ernesto Clemente. Tratado de la Mora. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1981.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Los intereses moratorios debidos por el Estado deben ser calculados desde la fecha del incumplimiento

{T}ratándose de la posibilidad de indemnizar la afectación del derecho fundamental a la pensión, vía el pago de intereses, esta reparación solo sería absolutamente eficaz desde el momento en que se produce la afectación, que para el caso se produce desde que el pensionista alcanzó el punto de contingencia (...), al haber la Administración liquidado su pensión aplicando indebidamente el sistema de cálculo, instaurado a partir del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y dos por el Decreto Ley número veinticinco mil novecientos sesenta y siete cuando esta prestación debió ser calculada conforme a las normas del Decreto Ley N° 19990, al haber reunido los requisitos, antes que el referido Decreto Ley entrara en vigencia (...). En conclusión, el cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación del Estado de pagar la pensión de jubilación, determina su responsabilidad, no solo de cumplir debidamente con el pago de esta prestación, sino además de reparar tal afectación de este derecho fundamental, pagando en armonía con el artículo mil doscientos cuarenta y dos, segundo párrafo y mil doscientos cuarenta y seis y siguientes del Código Civil, los intereses generados respecto del monto cuyo pago fue incumplido a partir del momento en que se produce la afectación, lo cual responde a los principios pro homine y pro libertatis, según los cuales ante diferentes soluciones se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio, empero, en aquellos casos donde por omisión y retardo del accionista se contemple el pago efectivo de las pensiones a partir de un momento posterior, tal es el caso del artículo 81 del Decreto Ley N° 19990, que señala que solo se abonarán las pensiones devengadas correspondientes a un periodo no mayor de doce meses anteriores a la prestación de la solicitud del beneficiario corresponde fijar que los intereses se generan desde cuando la Administración tiene la obligación de efectivizar su pago ***(Cas. N° 1128-2005-La Libertad).***

Situación de la mora desde la fecha de citación con la demanda

{T}ratándose de una demanda en la que la pretensión es que el Banco demandado indemnice a los actores por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de su obligación contractual, cuyo monto deberá ser fijado en la sentencia, resulta de aplicación el artículo 1334 del Código Civil, que establece que en las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda, lo que en el caso de autos tuvo lugar el dieciocho de marzo del dos mil, conforme se advierte del cargo de notificación (...) por lo que los intereses deben devengarse a partir de dicha fecha (...) ***(Cas. N° 988-2006-Ica).***

Los intereses moratorios se calculan desde la interposición de la demanda

Que, finalmente, en lo que concierne a los intereses legales generados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1334 del Código Civil, estos deberán ser calculados en función a la fecha de interposición de la demanda que origina el presente proceso, en tanto el monto de la obligación necesariamente debió ser calculado mediante decisión judicial ***(Cas. N° 3871-2009-Lima).***

Mora en las obligaciones recíprocas

Artículo 1335.- ***En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá.***

Concordancias:
C.C. art. 1426 y ss.

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre (*)

El artículo 1335 del Código Civil peruano dispone que en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá.

La constitución en mora se efectúa, como regla general, mediante el requerimiento judicial o extrajudicial destinado al cumplimiento de la obligación. Mal podría requerir y, por tanto, constituir en mora, quien no ha cumplido con la obligación a su cargo o no ha otorgado garantías de que la cumplirá. Este mismo principio se aplicaría a las obligaciones en que operará la mora *ex re*.

La conexión entre el cumplimiento de las prestaciones que recíprocamente se deben las partes y, sobre todo, elementales principios de equidad y de buena fe que deben presidir toda relación obligacional, se oponen a ello.

En estrecha vinculación con lo expuesto, hemos considerado oportuno analizar el supuesto de extinción del estado de mora en las obligaciones recíprocas.

Sobre el particular, Albaladejo cita como ejemplo, si A vendió a B, y se acordó aplazar el pago del precio, pero entregar la cosa inmediatamente. A, sin embargo, y a pesar del requerimiento de B, no la entrega, por lo que incurre en mora, la misma que acaba cuando llega el momento del pago del precio, y B tampoco paga.

Agrega Albaladejo que habiendo concluido la mora, esta no da lugar a nuevos efectos (por ejemplo, el deudor no viene obligado a pagar más intereses moratorios). Pero, independientemente de ello, el deudor sigue obligado a cumplir la prestación y a indemnizar los efectos que la mora había ya producido antes de su cesación (por ejemplo, los intereses moratorios desde que incurrió en mora hasta que se le concedió un aplazamiento del pago). Estos efectos también pueden extinguirse (por ejemplo, el acreedor perdona los intereses devengados); pero, en principio, son cosa aparte de la mencionada cesación. Cuestión distinta, indica, es que el acto que produzca esta, alcance también incidentalmente a aquellos. Por ejemplo, al conceder el acreedor un aplazamiento al deudor que ya había incurrido en mora, puede ocurrir que quede implícita su voluntad de condonar los intereses moratorios ya producidos.

Debemos manifestar nuestra conformidad con las ideas expuestas por Albaladejo, en la medida en que se trata de contratos con prestaciones recíprocas, en los que cada parte es deudora de una prestación, pero acreedora de otra.

Entonces, debemos preguntarnos qué sucedería si la parte que no ha cumplido reclamara a la otra que cumpla con su respectiva prestación y esta, a su vez, incumpliese.

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

En tal caso, a simple vista podría pensarse que ambas partes se encuentran en estado moratorio, en virtud a que en ambas obligaciones el respectivo deudor ha incumplido con ejecutar la prestación debida.

Sin embargo, por una ficción jurídica que va de la mano con la naturaleza de las cosas y con la lógica, deberíamos entender que la mora de una prestación se elimina con la mora de la contraprestación.

En otras palabras, si las dos partes se encuentran en mora en relación con las obligaciones que cada una de ellas debe cumplir con respecto a la otra, es como si ninguna de las dos se encontrara en mora.

Pensamos que en estos casos el Derecho razona de igual modo como lo hace con relación al tema del dolo recíproco, recordando que el artículo 213 del Código Civil peruano establece que: "Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes".

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Bosch, Barcelona, 1997; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Editorial Nascimiento, Santiago de Chile, 1941; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Temas de Responsabilidad Civil. Biblioteca Jurídica Dike, Buenos Aires, 1995; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Imprenta Atlántica, Lima, s/f; BIEDMA, Alejandro. Mora Automática. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil argentino. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976; BREBBIA, Roberto. Hechos y actos jurídicos (Comentarios a los artículos 869 a 943 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia). Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Sexta Edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado. Tomo III. Ediar S.A., Buenos Aires, 1944; CABALLERO LOZANO, José. La Mora del Acreedor. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992; CANO, José Ignacio. La Mora. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo II, Volumen II. Bosch, Barcelona, 1971; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La Mora del Deudor en las Obligaciones con Prestación de no Hacer. En: Thémis, Segunda Época, número 12, 1988; CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús. El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones. Montecorvo, Madrid, 1979; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1969; CAZEAUX, BREBIA, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, ZANNONI. Temas de Derecho Civil. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Garnier, París, 1869; CUENTAS, Raúl. La Mora en las Obligaciones de no Hacer. En: Diario Oficial El Peruano. Lima, 12 de agosto de 1997; DE LA PUENTE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte, tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1980; ENNECCERUS-LEHMAN. Derecho Civil, tomo II, volumen I, Obligaciones. Bosch, Barcelona, 1935; GAGLIARDO, Mariano. La Mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978; GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, séptima edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1984; GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores. La Mora del Deudor en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1993; HEDEMANN, J.W. Tratado de Derecho Civil, traducido por José Santos Briz, volumen III, Obligaciones. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; HERNÁNDEZ GIL, Félix. La intimación del acreedor en mora ex persona. En: Anuario de Derecho Civil, 1962-2, tomo XV; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, tomo II, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952; LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones. Tipografía Rezzónico, Buenos Aires, 1926; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Temis, Bogotá, 1993; MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. Porrúa S.A., México,

1993; MARTY, G. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Trad. José M. Cajica. Editorial Cajica, Puebla, 1952; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis y PIZARRO, Ramón Daniel. Reflexiones en torno a la Mora del Deudor y el Lugar de Cumplimiento de las Obligaciones. En: El Derecho, tomo 72; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Mora y Lugar de Pago en el Derecho Laboral. Crónica Forense. Segunda Época, año III, número 48, mayo-junio de 1983; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Mora en el Código Civil de Perú de 1984. Ponencia presentada al Congreso celebrado en Conmemoración de los Diez Años del nuevo Código Civil del Perú (Lima, septiembre de 1994); MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Diferencias entre la Mora del Acreedor y Pago por Consignación (con referencia al Código peruano de 1984). Artículo enviado personalmente a los autores por el doctor Luis Moisset de Espanés; OERTMANN, Paul. Introducción al Derecho Civil. Traducción de la Tercera Edición alemana, L. Sancho Seral. Labor, Barcelona, 1933; OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: Comisión Reformadora del Código Civil peruano, fascículo V; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Quinta Edición, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Elementos del Derecho Civil Peruano, tomo I. Lima: Tipografía Sesator, 1979; PEIRANO FACIO, Jorge. Estructura de la Mora en el Código Civil. Editorial Temis, Bogotá, 1983; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo VII. La Habana: Cultural S.A., 1945; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos del Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1964; URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Editorial Temis, Bogotá, 1970; SALVAT, Raymundo M. y GALLI, Enrique. Tratado de Derecho Civil argentino, De las Obligaciones en General. Tea, Buenos Aires, 1952; VON THUR, Andreas. Tratado de las Obligaciones, tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1934; WAYAR, Ernesto Clemente. Tratado de la Mora. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1981.

Responsabilidad del deudor en caso de mora

Artículo 1336.- *El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente.*

Concordancias:
C.C. arts. 1317, 1321, 1333

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE (*)

1. La mora según el factor de imputabilidad o atribución de responsabilidad

1.1. En caso de dolo o culpa.- Como sabemos, según la doctrina mayoritaria, la regla general en cuanto al factor de imputabilidad para la configuración de la mora es la culpa o el dolo (imputabilidad subjetiva), salvo los casos excepcionales de mora objetiva. En este sentido, el elemento subjetivo se constituye como esencial para la existencia de la mora, de forma tal que ante la ausencia del mismo, no se genera responsabilidad para el sujeto que haya incurrido en retraso.

1.2. En ausencia de dolo o culpa.- Sin embargo, existen supuestos excepcionales establecidos por la ley, en los cuales, a pesar de la ausencia de culpa o dolo, el deudor se hace responsable de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso (imputabilidad objetiva). Un ejemplo de ello sería el caso del pacto de garantía o asunción del caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo 1317 del Código Civil prevé la posibilidad de que el deudor asuma expresamente, ya sea en virtud de la ley o por el título de la obligación, la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados ante situaciones en las que no exista causa imputable, dentro de las cuales se hallan el caso fortuito y la fuerza mayor, e incluso aquellos en los que el deudor hubiese actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias y, no obstante ello, se hubiera producido el incumplimiento de la obligación.

Por otra parte, el artículo 1336 del Código Civil prescribe que "El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente".

Esta norma señala las consecuencias que debe asumir el deudor que ha incurrido en mora; pero, además, determina que la mora requiere, para configurarse, de un retraso culpable, ya que si el retraso fuera sin culpa no habría mora. De esta manera nuestro Código, en ese tema, también se adscribe –como muchos otros Códigos– al criterio de la imputabilidad subjetiva.

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

De lo dicho se infiere que el deudor responderá de los daños y perjuicios que se originen por caso fortuito o fuerza mayor, cuando el incumplimiento de la obligación se verifique luego de que el deudor se encuentre en mora.

Es obvio que si el caso fortuito o la fuerza mayor que determina el incumplimiento, hubiera acontecido antes del requerimiento de pago por parte del acreedor al deudor, ello originaría la liberación de este último, pues nunca se habría hallado en mora.

Debemos observar, como es evidente, que lo expuesto precisa, en adición, que se encuentren presentes todos los demás requisitos que exige la constitución en mora.

2. Efectos de la mora del deudor

Con respecto a los efectos de la mora del deudor, Llambías (p. 161) considera que el efecto propio de la mora es hacer jurídicamente relevante el incumplimiento del deudor. Lo demás que se imputa al estado de mora corresponde al mismo incumplimiento del deudor que ha quedado configurado por la constitución en mora, con o sin interpelación, según los casos.

En nuestra opinión, no puede afirmarse categóricamente que la ausencia de mora del deudor –una vez producido el incumplimiento– generará una situación jurídicamente irrelevante.

En primer término, el Derecho de Obligaciones gira en torno al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, de modo tal que no es irrelevante para el Derecho que una obligación se haya cumplido o no.

En adición, tampoco es irrelevante para el Derecho que se considere que en el plano teórico el acreedor ha concedido un plazo adicional al deudor para el cumplimiento de su obligación, pues en este caso surgirán todas las consecuencias propias de la situación de espera de cumplimiento que en su oportunidad hemos estudiado.

En otras palabras, si bien no podemos hablar de inejecución de obligaciones, sí existirá ausencia de ejecución debida en los términos pactados por las partes o establecidos en el título constitutivo de la obligación.

Para exponer didácticamente los efectos de la mora del deudor, consideramos propio analizarlos de manera singular.

2.1. Hace responsable al deudor de los daños y perjuicios que se originen

Al respecto, Llambías (p. 162) sostiene que la mora es el primer presupuesto de la responsabilidad del deudor. Para poder exigir esta responsabilidad por los daños y perjuicios irrogados al acreedor, hay que comenzar por establecer el estado de mora del deudor.

Agrega dicho autor que la mora del deudor, si su cumplimiento ulterior es factible y resulta útil para el acreedor, obliga a aquel a responder por el perjuicio que la tardanza en el pago le ha irrogado al acreedor: es lo que se denomina daño moratorio que, como una especie de daño que es, se rige por los principios generales referentes al daño.

Resulta claro que los daños y perjuicios moratorios son aquellos que se derivan desde el momento de la constitución en mora hasta la finalización del estado moratorio, entendiéndose que tal finalización no solo ocurre cuando el deudor cumpla la obligación, sino por alguna otra causa, como cuando el acreedor decide resolver el contrato o le resulte inútil el cumplimiento de la prestación debida o se pierde la prestación, o se presenta alguna circunstancia similar.

Es evidente, acogiendo uno de los supuestos citados, que a partir del momento de la resolución del contrato, el deudor ya no se encontrará en mora, pero el deudor tampoco habrá cumplido.

Sin embargo, los daños y perjuicios moratorios se circunscriben única y exclusivamente al período que jurídicamente es identificado como tal, sin que puedan ampliarse al período de demora, en sentido amplio.

Ello no significa que durante el período de demora, en sentido amplio, no puedan generarse otros daños y perjuicios que no sean los moratorios. Pero en estos casos ellos no merecerían el calificativo de moratorios, sino de compensatorios.

Para Ennecerus, Kipp y Wolff (p. 267), las consecuencias de la mora en el Derecho común pueden ser derivadas del principio de que el deudor es responsable hacia el acreedor de todos los daños causados por la mora. El acreedor podría exigir la prestación debida y la indemnización del daño producido por la dilación. Pero si la prestación no tuviera ya interés alguno para el acreedor (o sea, si ya no sirviera para mantenerlo indemne), podría exigir que se le resarciese en metálico la totalidad del daño o, tratándose de obligaciones recíprocas, en lugar de eso, denegar su propia prestación o, si la hubiera realizado ya, pedir su restitución.

Héctor Lafaille (p. 165) considera que los daños y perjuicios resultantes del retardo, tienden tan solo a reparar el detrimento que él origina, y pueden acumularse con los compensatorios derivados de la inejecución, cuando luego opta el acreedor por exigir la prestación y no obtiene resultado; o bien con los que a él corresponda si el contrato se rescinde.

Coincidimos plenamente con lo expresado por Lafaille, en la medida en que los daños y perjuicios moratorios son complementarios de los daños y perjuicios compensatorios, en tanto ambos tienden a indemnizar hechos dañosos distintos, los mismos que no se superponen, sino se complementan.

Por lo demás, la aplicación de los daños y perjuicios moratorios y compensatorios se encuentra regulada con pulcritud por nuestro Código Civil, cuerpo sustantivo que acepta expresamente la acumulación de ambos.

A decir de Borda (p. 85), constituye uno de los efectos de la mora que el deudor esté obligado a indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que la mora le ocasione; desde ese momento correrán los intereses por las sumas que le adeude.

En lo que respecta a nuestra legislación, el artículo 1336 del Código Civil dispone que el deudor que estuviese en mora responde de los daños y perjuicios, y aun de la imposibilidad sobreviniente por causas que no le sean imputables, pudiendo sustraerse de esta última responsabilidad si prueba que el evento dañino habría alcanzado a la prestación, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo.

Debemos aclarar que el precepto citado se refiere a los daños y perjuicios moratorios, a la reparación por el retraso en el cumplimiento de la obligación, y no a los daños y perjuicios compensatorios, esto es a los que surgen de la imposibilidad sobreviniente por causas no imputables al deudor que se encuentra en condición moratoria, salvo las excepciones previstas por la propia norma.

Cabe agregar que cuando el deudor está en mora, el acreedor puede exigir la prestación debida y, además, la reparación de los daños y perjuicios que produce el retraso. Por ejemplo,

la indemnización por no concluirse la construcción de un edificio en el plazo estipulado o por el menor precio de los valores que no se entregaron oportunamente.

Para la aplicación de esta regla se requiere, por cierto, que el cumplimiento de la obligación aún sea posible y que subsista la utilidad de la prestación para el acreedor. En caso contrario, ¿qué objeto tendría que el acreedor exigiera el cumplimiento de una obligación imposible o inútil?

La posibilidad de cumplimiento es una cuestión probatoria que queda a la apreciación del juez, en la misma medida en que también queda sujeto a esta apreciación decidir si la obligación resulta o no de utilidad para el acreedor.

Si la prestación todavía es útil, el acreedor no podría rehusarla y solo tendría el derecho de solicitar, adicionalmente, el pago de los daños y perjuicios moratorios.

Esto no significa que el acreedor deba esperar indefinidamente el cumplimiento de la obligación, no obstante que ello pueda ser factible. Sin embargo, si el deudor en mora se niega a cumplirla, ya sea en forma expresa, bien veladamente, con evasivas, rehusando contestar a los requerimientos del acreedor, este puede considerar válidamente que no se trata de un simple retraso, sino de una inejecución total, por lo que podrá exigir el pago de los daños y perjuicios compensatorios (argumento de los artículos 1316 y 1321 del Código Civil).

2.2. Traslada los riesgos al deudor moroso

Lafaille (pp. 165 y 166) considera que es trascendental el *periculum,* que hace gravitar sobre el obligado la pérdida o deterioro del objeto a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor: si he recibido una cosa para restituirla, y luego incurro en mora, debo siempre abonar su valor, o entregar otro objeto equivalente; salvo que el retardo se haya originado como consecuencia de otro caso fortuito o de fuerza mayor. Asimismo, esta responsabilidad desaparece si el objeto hubiere perecido de igual modo en poder del acreedor.

Llambías (p. 162), por su parte, expresa que la mora opera la traslación de los riesgos que pesaban sobre la prestación (cosa, hecho, abstención) del acreedor al deudor.

El riesgo –según Llambías– es la contingencia de que la cosa debida no pueda ser entregada, que el hecho u omisión debidos no puedan ser realizados por alguna causa ajena a las partes.

Borda (pp. 85-87) enseña que el deudor es responsable por los daños y perjuicios que con posterioridad a ese momento sufra la cosa debida, aunque ellos se hayan producido por caso fortuito, a menos que la cosa se hubiera dañado o hubiere perecido igualmente aunque hubiese estado en poder del acreedor.

Agrega Borda que si la obligación se ha hecho de cumplimiento imposible después de la mora, el deudor debe los daños y perjuicios consiguientes, por más que la imposibilidad haya derivado de una fuerza mayor, salvo que demuestre que la cosa se hubiere perdido igualmente en poder del acreedor; pero ya no seguirán corriendo intereses moratorios.

Por nuestra parte y en relación con la denominada transferencia del riesgo originada por la mora del deudor, recordamos que la regla general en el Derecho de Obligaciones se encuentra plasmada en el artículo 1138 del Código Civil de 1984, el mismo que establece para los casos en que el bien se pierda sin culpa de las partes, el *periculum est debitoris*, lo que significa que el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere, corre a cargo del deudor.

Los fundamentos de esa norma los hemos desarrollado cuando analizamos el precepto. Por ello no vamos a ahondar sobre el tema.

Sin embargo, es pertinente precisar que cuando aludimos a la "transferencia del riesgo" en la mora del deudor, estamos haciendo referencia a que si el deudor que todavía no ha entregado el bien cierto ya ha sido constituido en mora, tal situación acarreará como consecuencia que si el bien se perdiese sin culpa de ninguna de las partes (deudor y acreedor), vale decir, que se perdiera por un caso fortuito o de fuerza mayor, o incluso si el deudor hubiese hecho todo lo posible para cumplir, pero a pesar de ello no hubiera podido hacerlo empleando la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, no es que vayamos a aplicar la regla inversa, vale decir el *periculum est creditoris;* lo que ocurrirá es que se acentuarán las consecuencias negativas en perjuicio del deudor incumpliente.

Ello implica que se seguirá aplicando el *periculum est debitoris,* pero el deudor moroso deberá responder por los daños y perjuicios moratorios y compensatorios como si el bien se hubiese perdido por culpa suya.

Lo que acabamos de explicar nos lleva a considerar que, en estricto, tal vez no debería hablarse de "transferencia del riesgo", en lo que respecta a la mora del deudor, sino de "agravamiento del riesgo".

2.3. Inhabilita al deudor moroso para constituir en mora a su contraparte

Llambías (p. 162) considera que el estado de mora inhabilita al moroso para poder constituir en mora a la contraparte. Es en este contexto que los incumplimientos recíprocos se neutralizan.

En su oportunidad expresamos que la mora de una parte es excluyente de la mora de su contraparte. Ello equivale a decir que acreedor y deudor no pueden encontrarse simultáneamente en mora: o ambos no estarán en mora o solo uno de ellos lo estará.

El punto bajo análisis es mera consecuencia de lo estudiado en su momento y se rige por similares principios.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Bosch, Barcelona, 1997; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Editorial Nascimiento, Santiago de Chile, 1941; ALTERINI, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M. Temas de Responsabilidad Civil. Biblioteca Jurídica Dike, Buenos Aires, 1995; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Imprenta Atlántica, Lima, s/f; Biedma, Alejandro. Mora Automática. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil argentino. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976; BREBBIA, Roberto. Hechos y actos jurídicos (Comentarios a los artículos 869 a 943 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia). Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Sexta Edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado. Tomo III. Ediar S.A., Buenos Aires, 1944; CABALLERO LOZANO, José. La Mora del Acreedor. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992; Cano, José Ignacio. La Mora. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo II, Volumen II. Bosch, Barcelona, 1971; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La Mora del Deudor en las Obligaciones con Prestación de no Hacer. En: Thémis, Segunda Época, número 12, 1988; CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús. El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones. Montecorvo, Madrid, 1979; CAZEAUX, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1969; CAZEAUX, BREBIA, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, ZANNONI. Temas de Derecho Civil. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General.

Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Garnier, París, 1869; CUENTAS, Raúl. La Mora en las Obligaciones de no Hacer. En: Diario Oficial El Peruano. Lima, 12 de agosto de 1997; DE LA PUENTE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte, tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1980; ENNECCERUS-LEHMAN. Derecho Civil, tomo II, volumen I, Obligaciones. Bosch, Barcelona, 1935; GAGLIARDO, Mariano. La Mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978; GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, séptima edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1984; GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores. La Mora del Deudor en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1993; HEDEMANN, J.W. Tratado de Derecho Civil, traducido por José Santos Briz, volumen III, Obligaciones. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; HERNÁNDEZ GIL, Félix. La intimación del acreedor en mora ex persona. En: Anuario de Derecho Civil, 1962-2, tomo XV; Josserand, Louis. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, tomo II, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952; LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones. Tipografía Rezzónico, Buenos Aires, 1926; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Temis, Bogotá, 1993; MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. Porrúa S.A., México, 1993; MARTY, G. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Trad. José M. Cajica. Editorial Cajica, Puebla, 1952; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis y PIZARRO, Ramón Daniel. Reflexiones en torno a la Mora del Deudor y el Lugar de Cumplimiento de las Obligaciones. En: El Derecho, tomo 72; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Mora y Lugar de Pago en el Derecho Laboral. Crónica Forense. Segunda Época, año III, número 48, mayo-junio de 1983; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Mora en el Código Civil de Perú de 1984. Ponencia presentada al Congreso celebrado en Conmemoración de los Diez Años del nuevo Código Civil del Perú (Lima, septiembre de 1994); MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Diferencias entre la Mora del Acreedor y Pago por Consignación (con referencia al Código peruano de 1984). Artículo enviado personalmente a los autores por el doctor Luis Moisset de Espanés; OERTMANN, Paul. Introducción al Derecho Civil. Traducción de la Tercera Edición alemana, L. Sancho Seral. Labor, Barcelona, 1933; OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: Comisión Reformadora del Código Civil peruano, fascículo V; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Quinta Edición, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Elementos del Derecho Civil Peruano, tomo I. Lima: Tipografía Sesator, 1979; PEIRANO FACIO, Jorge. Estructura de la Mora en el Código Civil. Editorial Temis, Bogotá, 1983; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo VII. La Habana: Cultural S.A., 1945; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos del Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1964; URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Editorial Temis, Bogotá, 1970; SALVAT, Raymundo M. y GALLI, Enrique. Tratado de Derecho Civil argentino, De las Obligaciones en General. Tea, Buenos Aires, 1952; VON THUR, Andreas. Tratado de las Obligaciones, tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1934; WAYAR, Ernesto Clemente. Tratado de la Mora. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1981.

Pérdida de utilidad de la obligación producto de la mora del deudor

Artículo 1337.- *Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, este puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.*

Concordancia:
C.C. art. 1321

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE (*)

La mora no tiene cabida cuando ya no puede esperarse el cumplimiento de la obligación, sea porque es imposible, sea porque es inútil para el acreedor.

En estos casos, si el deudor se encuentra en mora, ya no continuará en tal condición. La mora termina desde el momento en que la prestación resulta imposible o deviene en inútil para el acreedor. Aquí el acreedor tendrá el derecho de exigir el pago de una indemnización por los daños y perjuicios compensatorios sufridos por la inejecución total de la obligación, los mismos que también deberán estar integrados por los que se hubieren derivado del retraso moratorio del deudor en el cumplimiento de la obligación.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Bosch, Barcelona, 1997; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Editorial Nascimiento, Santiago de Chile, 1941; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Temas de Responsabilidad Civil. Biblioteca Jurídica Dike, Buenos Aires, 1995; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Imprenta Atlántica, Lima, s/f; BIEDMA, Alejandro. Mora Automática. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil argentino. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976; BREBBIA, Roberto. Hechos y actos jurídicos (Comentarios a los artículos 869 a 943 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia). Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Sexta Edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado. Tomo III. Ediar S.A., Buenos Aires, 1944; CABALLERO LOZANO, José. La Mora del Acreedor. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992; CANO, José Ignacio. La Mora. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo II, Volumen II. Bosch, Barcelona, 1971; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La Mora del Deudor en las Obligaciones con Prestación de no Hacer. En: Thémis, Segunda Época, número 12, 1988; CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús. El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones. Montecorvo, Madrid, 1979; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1969; CAZEAUX, BREBIA, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, ZANNONI. Temas de Derecho Civil. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Garnier, París, 1869; CUENTAS, Raúl. La Mora en las Obligaciones de no Hacer. En: Diario Oficial El Peruano. Lima, 12 de agosto de 1997; DE LA PUENTE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte, tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1980; ENNECCERUS-LEHMAN. Derecho Civil, tomo II, volumen I, Obligaciones. Bosch, Barcelona, 1935; GAGLIARDO, Mariano. La Mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978; GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, séptima

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1984; GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores. La Mora del Deudor en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1993; HEDEMANN, J.W. Tratado de Derecho Civil, traducido por José Santos Briz, volumen III, Obligaciones. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; HERNÁNDEZ GIL, Félix. La intimación del acreedor en mora ex persona. En: Anuario de Derecho Civil, 1962-2, tomo XV; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, tomo II, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952; LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones. Tipografía Rezzónico, Buenos Aires, 1926; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Temis, Bogotá, 1993; MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. Porrúa S.A., México, 1993; MARTY, G. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Trad. José M. Cajica. Editorial Cajica, Puebla, 1952; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis y PIZARRO, Ramón Daniel. Reflexiones en torno a la Mora del Deudor y el Lugar de Cumplimiento de las Obligaciones. En: El Derecho, tomo 72; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Mora y Lugar de Pago en el Derecho Laboral. Crónica Forense. Segunda Época, año III, número 48, mayo-junio de 1983; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Mora en el Código Civil de Perú de 1984. Ponencia presentada al Congreso celebrado en Conmemoración de los Diez Años del nuevo Código Civil del Perú (Lima, septiembre de 1994); MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Diferencias entre la Mora del Acreedor y Pago por Consignación (con referencia al Código peruano de 1984). Artículo enviado personalmente a los autores por el doctor Luis Moisset de Espanés; OERTMANN, Paul. Introducción al Derecho Civil. Traducción de la Tercera Edición alemana, L. Sancho Seral. Labor, Barcelona, 1933; OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: Comisión Reformadora del Código Civil peruano, fascículo V; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Quinta Edición, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Elementos del Derecho Civil Peruano, tomo I. Lima: Tipografía Sesator, 1979; PEIRANO FACIO, Jorge. Estructura de la Mora en el Código Civil. Editorial Temis, Bogotá, 1983; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo VII. La Habana: Cultural S.A., 1945; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos del Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1964; URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Editorial Temis, Bogotá, 1970; SALVAT, Raymundo M. y GALLI, Enrique. Tratado de Derecho Civil argentino, De las Obligaciones en General. Tea, Buenos Aires, 1952; VON THUR, Andreas. Tratado de las Obligaciones, tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1934; WAYAR, Ernesto Clemente. Tratado de la Mora. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1981.

Mora del acreedor

Artículo 1338.- ***El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.***

Concordancias:
C.C. arts. 1140, 1251, 1706, 1833

Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre (*)

1. La situación de mora del acreedor

1.1. Concepto y requisitos de la mora del acreedor

En torno al tema de la mora del acreedor, José M. Caballero Lozano (pp. 9 y ss.) entiende que se trata de una vicisitud que se presenta en el cumplimiento de las obligaciones, cuando el acreedor no colabora oportunamente con el deudor en la medida necesaria para que tenga lugar la realización del programa de prestación establecido.

El citado autor se pregunta cómo puede el acreedor negarse a recibir una atribución patrimonial, de la cual, en principio, no cabe esperar más que beneficios. Pero lo cierto es que el tráfico nos ofrece –continuamente– ejemplos de supuestos en los cuales el titular de un bien experimenta más ventajas dejándoselo a un tercero que teniéndolo bajo su propia dependencia inmediata. Es el caso, agrega, del prestamista que prefiere continuar percibiendo unos intereses elevados antes que poder –él mismo– disfrutar directamente de la suma de dinero. En otras ocasiones, la finalidad perseguida por quien así actúa es de dudosa licitud, como cuando, por razones coyunturales, el dueño de una cosa que se ha de restituir prefiere que el deudor la siga custodiando y, en consecuencia, soportando los riesgos de su perecimiento.

Caballero Lozano añade que el acreedor realiza, en un buen número de ocasiones, ciertos actos en sentido positivo (prohíbe la prestación), u omite conductas necesarias para procurar la liberación del deudor (no colabora en el cumplimiento en la medida necesaria). Así, el buen fin de la obligación depende también del acreedor, por ejemplo, en las obligaciones de dar, ya que la actividad encaminada a producir la entrega de la cosa ha de ser iniciada por el deudor y concluida por el acreedor, recibiendo la cosa ofrecida. La abstención del *accipiens* evitaría, al menos provisionalmente, tanto la verificación del buen fin de la obligación como la liberación del deudor.

En consecuencia, la actividad cooperadora del acreedor se presenta como elemento esencial y necesario para una fiel actuación del contenido de la obligación.

Refiere Caballero Lozano que ante las situaciones abusivas que se dan en la práctica, es necesario proteger al que quiere cumplir su obligación, frente a la pasividad del acreedor, de modo que la conducta de este último no le perjudique en lo más mínimo.

Expresa que para la consecución de tal objetivo, el ordenamiento jurídico ha dispuesto de ciertos medios de defensa en favor del deudor, de los cuales el más conocido es el del

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

ofrecimiento del pago y la consignación, con el cual el *solvens* obtiene de modo coactivo el cumplimiento de su obligación y la consiguiente extinción de su posible responsabilidad por incumplimiento, a la vez que se satisface el derecho del acreedor a la prestación.

Caballero Lozano (p. 11) añade que no solo el procedimiento del pago forzoso, o liberación coactiva, sirve para eliminar la dificultad originada por la conducta omisiva del acreedor en el cumplimiento de la obligación. El deudor dispone de otro medio menos radical pero, a veces, más expeditivo, para exonerarse de la posible responsabilidad por incumplimiento; el *solvens* o un tercero, en virtud del ofrecimiento de pago, puede constituir en mora al acreedor y desviar hacia este las consecuencias negativas de la falta de cumplimiento de la obligación.

Finalmente, luego de lo expresado, Caballero Lozano (pp. 14 y 15) sostiene que la mora del acreedor es "la situación jurídica en que se halla el vínculo obligatorio, consistente en un retraso en el cumplimiento de la obligación, motivado por la falta de colaboración, temporánea y necesaria, del acreedor, culpable o no, pero injustificada, mediando el ofrecimiento del pago del deudor".

Dentro de tal orden de ideas, explica que en primer lugar es una situación jurídica del crédito-obligación, lo cual significa que desde el acto constitutivo de la mora y hasta su extinción, el régimen jurídico de aquel sufre una modificación, consistente, en términos generales, en una disminución de la responsabilidad del deudor. En segundo lugar, se produce un retraso en el cumplimiento de la obligación; la obligación es susceptible de cumplimiento tardío cuando aún es idónea para satisfacer el interés del acreedor, tal y como está contemplado en el título constitutivo de la obligación, siendo aquí conveniente distinguir, por una parte, la mora del acreedor y el incumplimiento, y, por otra, aquella y la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Además, el acto del acreedor debe obstar el cumplimiento, de modo que la causa "no cooperación del acreedor" se traduzca en la consecuencia "no-cumplimiento de la obligación". Dicha conducta omisiva –dice Caballero Lozano– ha de carecer de justificación, ser antijurídica, ya que el deudor que cumple defectuosamente no resulta protegido frente al acreedor irreprochable. Por último, indica, la responsabilidad es del acreedor, quien soportará las consecuencias jurídico-económicas de su omisión indebida, en mayor o menor medida, según si su comportamiento es culpable o no lo es.

En esta línea de pensamiento también se halla Gustavo Palacio Pimentel (pp. 875 y ss.), quien considera que la mora del acreedor se produce cuando este –sin causa justificada– se niega a recibir la prestación del obligado en el tiempo, lugar y modo pactados, o cuando no se le encuentra en el lugar designado para el pago. Esto es, incurre el acreedor en mora cuando, siendo indispensable su concurrencia e intervención para el cumplimiento de la obligación, se niega injustificadamente a ella, retardando el pago.

Agrega Palacio Pimentel que el deudor deberá intimar al acreedor para que reciba el pago, o bien puede consignarlo. El deudor debe probar el "rehusamiento a recibir el pago" y que ese hecho no sea originado por culpa del deudor.

Para que se configure la mora del acreedor, añade, debe haber una oferta real de pago, equivalente a la interpelación en la mora del deudor. Este ofrecimiento debe comprender la totalidad de la obligación, tanto cualitativa como cuantitativamente. Esta oferta no solo puede hacerla el propio deudor, sino quien lo represente convencional o legalmente.

Compartiendo esta posición doctrinaria se halla Albaladejo (pp. 155 y 156), quien considera que la mora del acreedor no consiste solo en que este –injustificadamente– retrase la realización de la prestación (por no recibirla o no cooperar a tal realización), sino en retrasarla

injustificadamente, una vez ofrecida con la intimación de que se la reciba o se preste cooperación para que sea realizada.

El autor citado señala que para que se configure la mora del acreedor será necesaria la concurrencia de diversos requisitos. En primer lugar, que haya llegado el momento del cumplimiento y, en segundo lugar, que el deudor lo ofrezca al acreedor intimándolo a recibirlo.

Con respecto a este segundo punto, Albaladejo entiende que en el ofrecimiento de pago el deudor no solo declara estar dispuesto a realizar la prestación, sino que requiere al acreedor para que la reciba o ponga de su parte lo preciso para que pueda efectuarse. Hay, pues, una intimación, la misma que puede realizarse de cualquier forma, incluso verbalmente.

Esta regla sufre la excepción de que la ley establezca en ciertas obligaciones la producción automática de la mora, de forma que, desde que llega el día del cumplimiento, y el deudor tiene la prestación puesta a disposición del acreedor, este incurre en mora sin necesidad de ser intimado para que la reciba.

En tercer lugar, para que se configure la mora del acreedor, Albaladejo indica que también es necesario que este se niegue sin razón a admitir el pago, o a poner de su parte lo preciso para que pueda efectuarse, o, de cualquier modo, no esté en condiciones de recibir la prestación que se le ofrece debidamente.

En este sentido, cuando se utilizan expresiones como "que el acreedor rechace justificadamente la prestación", o "niegue con motivo su cooperación", o "se niegue con razón a admitir el pago", se alude a que la rechace porque no se le ofrezca debidamente (por ejemplo, no es íntegra, o se pretende realizarla en tiempo, forma o lugar diferentes de los pactados, etc.).

Albaladejo afirma que no hace falta culpa del acreedor para que este incurra en mora. Por tanto, la mora se presenta incluso cuando por caso fortuito o fuerza mayor, el acreedor no esté en condiciones de recibir la prestación que se le ofrece debidamente.

Estos conceptos ya habían sido acogidos por Enneccerus, Kipp y Wolff (pp. 290-297), quienes consideran que la mora del acreedor es un retraso del cumplimiento fundado en que el acreedor omite la cooperación (especialmente la aceptación) indispensable por su parte.

Asimismo, los autores citados señalan que no se requiere culpa en el acreedor y ni siquiera puede considerarse a la culpa como requisito, pues solo en casos excepcionales se da un deber de aceptar, y sin violación de un deber no puede hablarse de culpa.

Por su parte, y en línea de pensamiento distinta a la expuesta, se halla Moisset de Espanés (Diferencias entre la mora del acreedor y el pago por consignación ..., pp. 4 y 5), quien considera que la mora del acreedor se suscita como consecuencia de que este no cumpla con su deber de cooperación, de manera culposa, por lo que se genera un retraso, producto de la negativa injustificada a recibir la prestación debida.

Esta tesis es compartida por Cazeaux y Trigo Represas (pp. 137-139), quienes sostienen que la mora del acreedor consiste en el retraso de la prestación debido a la conducta del acreedor, cuando omite la cooperación indispensable de su parte y, en especial, la aceptación de pago; y que para su configuración requiere de la concurrencia del elemento de la culpabilidad.

Expresan, al respecto, que a pesar de que la mayor parte de los autores prescinden del elemento subjetivo de la culpabilidad para la configuración de la mora del acreedor, ellos

creen que esto no debe ser así, pues aquellos se basan en que no existe a cargo del acreedor el deber de procurar al deudor su liberación.

En este sentido, los profesores citados sostienen que de acuerdo con el ahora derogado Código Civil argentino de 1869 sí existía tal deber, y surgía –precisamente– del artículo 505, última parte, de dicho Código, cuando decía: "Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente". Una norma similar encontramos en el artículo 731 del vigente Código Civil y Comercial argentino.

En consecuencia, Cazeaux y Trigo Represas entienden que es evidente que el acreedor tiene la carga de contribuir a la liberación del deudor y le son aplicables las mismas exigencias que a la mora de este.

En síntesis, Cazeaux y Trigo Represas sostienen que para que se configure la *mora accipiendi,* es necesario el elemento subjetivo de la culpa, que se presume por el solo hecho del retardo en el cumplimiento de los deberes a su cargo. El acreedor, a su vez, puede liberarse de su responsabilidad, demostrando la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor.

De las dos corrientes doctrinarias expuestas, podemos apreciar que para la primera posición no es indispensable la presencia del factor subjetivo (que el acreedor actúe con culpa o dolo) para la configuración de la mora del acreedor.

En cambio, para la segunda postura, el elemento subjetivo es imprescindible para que se produzca la mora del acreedor, de tal forma que la ausencia de tal elemento determinaría su inexistencia.

Por nuestra parte, y en camino a tomar partido por una de estas dos posiciones, expresamos que se trata de un tema polémico y no exento de complejidades.

Si quiere sostenerse la primera posición, vale decir aquella que no requiere de culpa en la conducta del acreedor, podría argumentarse que la tesis contraria es susceptible de generar serias consecuencias en cuanto a la responsabilidad del deudor.

En caso, por ejemplo, de que el deudor haya efectuado todo lo necesario para cumplir con su obligación y, sin embargo, el acreedor no preste la colaboración requerida para que aquel pueda hacer efectivo el pago en la fecha prevista, y que tal falta de colaboración por parte del acreedor no obedezca a causas a él imputables.

Dentro de tal orden de ideas, podría sostenerse que en el supuesto de que no se configure la mora del acreedor, el deudor se vería perjudicado, pues al no haber hecho efectivo el pago y no estar el acreedor en mora, correspondería al deudor probar que su incumplimiento deriva de la falta de colaboración del acreedor.

En cambio, si se considerara producida la mora del acreedor, la situación sería distinta para el deudor, porque esta mora significaría la prueba de que este ha realizado diligentemente todos los actos necesarios para el cumplimiento de su obligación.

Sin embargo, nosotros no compartimos el pensamiento expuesto. Creemos firmemente que la culpa es requisito indispensable para que haya mora del acreedor.

Ello, por diversas consideraciones.

Si el deudor ha realizado todas las gestiones o diligencias necesarias para cumplir su obligación, efectuando los ofrecimientos de pago respectivos, dicho deudor, no obstante no haber podido pagar, no se encontrará en mora (no hay mora sin culpa del deudor).

Además, si bien es cierto que dentro del régimen legal peruano se presume que el incumplimiento del deudor obedece a culpa leve de este, en el caso bajo análisis el deudor podría desvirtuar fácilmente tal presunción, en la medida en que pruebe que ha realizado –o intentado realizar– el ofrecimiento de pago correspondiente.

Esto, en lo que atañe al deudor.

Ahora bien, en lo que respecta al acreedor que no fue culpable de no recibir el pago (por ejemplo, si por causas no imputables a él tuvo que ausentarse de su domicilio –lugar donde se había convenido que el deudor ofreciese el pago–), no encontramos razones suficientes como para aplicarle la regla de que se encuentre en mora, a pesar de haber actuado sin culpa.

Ello sería injusto, ya que representaría una infracción de la regla general de la mora: "no hay mora sin culpa", la misma que pregona la necesaria presencia del dolo o de la culpa (en cualquiera de sus grados) para la existencia de la mora.

Además, sería inequitativo, a todas luces, que para que el deudor se encuentre en mora sí se requiera que haya actuado culposamente, en tanto que no se estaría previendo esta misma exigencia para que el acreedor se halle en tal situación.

Dentro de tal orden de ideas, tendríamos que preguntarnos cuál sería la lógica de dar un tratamiento diferenciado a casos similares.

Finalmente, en lo que respecta a la situación del acreedor que sin su culpa no recibe o no colabora para recibir la prestación debida, nada debería presumirse.

En estos casos, ni el deudor ni el acreedor deberán asumir culpas que no les corresponden.

Ausencia de culpa en ambos; ausencia de mora para ambos.

Por otra parte, y respecto a lo que el Código Civil de 1984 entiende por mora del acreedor, observamos que el artículo 1338 prescribe que "El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación".

Este precepto es similar a los numerales 293 y 296 del Código alemán; 91 del Código Federal suizo de las Obligaciones; 1206 del Código italiano y 813 del Código portugués. Cabe observar que el artículo 297 del Código Civil alemán dispone que el acreedor no incurre en mora si el deudor no se encuentra en condiciones de efectuar la prestación al tiempo del ofrecimiento o al tiempo señalado para el acto del acreedor. Esta norma, de lógica evidente, se halla implícita en la institución de la mora del acreedor.

Por último, consideramos notorio que del artículo 1338 del Código Civil peruano se desprende que es necesaria la concurrencia del elemento de imputabilidad (culpa o dolo), al utilizar la expresión "sin motivo legítimo". De este término se infiere la referencia a una conducta antijurídica o no justificada, que debemos entender como sinónimo de dolo o culpa, vale decir, de la existencia de una causa imputable al acreedor.

1.2. La cooperación del acreedor

Caballero Lozano (pp. 95-103) precisa una serie de supuestos de cooperación del acreedor, en provecho propio, al cumplimiento de obligaciones ajenas.

Así, dicho autor cita los siguientes ejemplos:

- El contratista no puede realizar la edificación proyectada si el *dominus* no ejecuta los trabajos preliminares; se le debe permitir entrar en el local para realizar las obras de transformación; se le ha de permitir el acceso al utillaje que ha de reparar; el cliente ha de posar ante el retratista, o presentarse a fin de que el sastre le tome las medidas pertinentes para confeccionar el traje.
- El enfermo ha de acudir a la consulta, concertada para un día y hora determinados, o el alumno, a la clase que se le ha de impartir.
- El mandante ha de suministrar al mandatario los medios e instrucciones necesarios.
- El comitente, asimismo, ha de entregar al comisionista lo necesario para el cumplimiento.
- El porteador solo podrá trasladar las mercancías si le son entregadas por el cargador (transporte de cosas).
- El viajero ha de hallarse en el medio de transporte a la hora señalada para la partida (transporte de personas).
- El autor ha de corregir las pruebas que le presenta el editor, antes de la impresión.
- El anunciante debe proporcionar a la agencia de publicidad los datos racionalmente necesarios para la eficaz realización de la campaña.
- El empresario ha de permitir al trabajador el acceso al lugar de trabajo, y suministrarle los medios adecuados para desempeñar su función (contrato de trabajo).

La colaboración del acreedor para el cumplimiento de la obligación –señala el citado autor–, es dispuesta por la ley, el acto jurídico, la buena fe, o la voluntad unilateral del acreedor, de acuerdo con cada caso. De este modo, resulta imprescindible la actividad del acreedor, por mutuo acuerdo de las partes, en el contrato de obra, si el comitente se ha obligado a suministrar los materiales, en cuyo caso –por hallarnos ante la infracción de una auténtica obligación–, el retraso del *dominus* constituiría *mora solvendi*, y verdadero incumplimiento la negativa en firme al suministro de los materiales.

Caballero Lozano agrega que el deber de colaboración puede tener un origen unilateral, como en el caso del cargador que utilice el poder de contraorden respecto de las mercancías que ordenó transportar. Anota que si el cargador anula la orden anterior, deberá comunicar al porteador el nuevo destino de las cosas dadas para su traslado, pues de lo contrario el transportista podrá depositar judicialmente los efectos, ante su justificada ignorancia acerca de la persona del destinatario.

En concordancia con la doctrina expuesta, precisamos que es requisito indispensable para que exista mora del acreedor que este no haya realizado los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir con la prestación asumida.

Los actos de colaboración del acreedor constituyen, en buena cuenta, obligaciones que en muchos casos pasan desapercibidas como tales, pues son apreciadas como obligaciones de "segundo rango" o de "segunda categoría".

Por otra parte, queda claro que esos deberes de cooperación podrían ser divididos en dos clases.

En primer término, hay deberes de cooperación que solo implican aceptar la ejecución de la prestación por el deudor. Es el caso del acreedor cuyo único deber de cooperación se limita a recibir el dinero que el deudor le debe entregar.

Si bien es cierto que en este caso resulta necesaria la cooperación del acreedor para que el deudor pague, si ella no se brinda el deudor podrá requerirlo y constituirlo en mora, con todas las consecuencias jurídicas que para este efecto están previstas por la ley. Adicionalmente, el deudor tendría la posibilidad –dependiendo de la naturaleza de la prestación– de recurrir al mecanismo del pago por consignación, a fin de liberarse del cumplimiento de la prestación debida.

En suma, este primer tipo de deberes de cooperación se reduce a aquellos que representan actuaciones de carácter poco relevante, en la medida en que si el acreedor no cumpliese con efectuarlos, el deudor, a través de otros mecanismos legales, puede obtener los mismos fines buscados cuando deseó pagar directamente.

En segundo lugar, tenemos como deberes de cooperación a aquellos que implican la participación del acreedor en la realización de determinados actos, sin los cuales el deudor se vería imposibilitado de pagar; pero, además, dicha falta de cooperación del acreedor devendría en definitiva para frustrar la ejecución de la prestación debida, pues el deudor no podría recurrir al mecanismo del pago por consignación, por no ser posible.

Sería el caso en que un pintor se obligue a elaborar un retrato del acreedor, y deba pintarlo con la participación activa del acreedor, vale decir, con el acreedor posando en el Estudio del pintor. Si el acreedor se negase a posar para que el pintor confeccione el retrato, no resultaría factible pensar en un adecuado cumplimiento de la prestación.

En otras palabras, el deudor no podría pintar el cuadro, basándose, por ejemplo, en fotografías del acreedor, para luego obligarlo a que acepte el cuadro.

Entonces, como el deudor ni siquiera va a poder pintar el cuadro, menos podríamos pensar en la posibilidad de que consigne prestación alguna.

Y lo expresado se aplicaría con mayor rigor a las obligaciones de hacer que no concluyan en un dar y a las obligaciones de no hacer, cuyo cumplimiento requiera de la participación activa del acreedor.

Un aspecto importante destacado por Caballero Lozano, es el referente a que no toda actividad que pueda desarrollar el titular del crédito en el ejercicio de su derecho es relevante a los efectos de la *mora creditoris;* es decir, el acreedor no incurre en mora por el solo hecho de observar un comportamiento atípico respecto al deudor. En síntesis, de toda la actividad que pueda realizar el acreedor en el ámbito de su crédito solo interesa aquella actividad indispensable –necesaria–, entendida esta palabra en su sentido más literal, para que el deudor pueda cumplir puntualmente la obligación y liberarse de la deuda.

Nosotros coincidimos con lo expresado por Caballero Lozano, ya que los deberes de cooperación están obviamente referidos a aquellos aspectos necesarios para que el deudor pueda cumplir con la prestación que le compete.

La figura de los deberes de cooperación no ha nacido para el Derecho pensada en función de situaciones que no tengan que ver con el cumplimiento de la prestación, o que, teniendo que ver con dicho cumplimiento, resulten absolutamente intrascendentes.

Entendemos que el deber de cooperación tiene como característica fundamental su ejecución por el acreedor, pero además que necesariamente deba ser cumplido por el propio acreedor, no pudiendo efectuarlo persona distinta a él.

En otras palabras, los deberes de cooperación del acreedor son *intuitu personae* respecto al propio acreedor, y no pueden ser cumplidos por el deudor o por un tercero.

Es esta situación, precisamente, la que conduce a que la ausencia de los deberes de cooperación frustre la ejecución de la prestación debida, ya que ellos son irreemplazables.

Caballero Lozano agrega que el problema que se presentará será la calificación de la actividad como necesaria para el cumplimiento, lo cual exige un análisis de la prestación que debe realizar el deudor, la actividad demandada del acreedor, y el nexo de instrumentalidad entre ambas.

En este sentido, anota que es tarea del intérprete, en cada caso, advertir la necesidad o no de la actividad del acreedor; en definitiva, el carácter optativo de la omisión del acreedor. En realidad, la conducta del acreedor interesa en cuanto constituye un evento que impide el pago. Si la abstención no detiene el cumplimiento, ese comportamiento omisivo será irrelevante a efectos de conceder al deudor la tutela de la *mora creditoris*.

Dicho autor sostiene que exceden del ámbito de la *mora creditoris* aquellas conductas del acreedor que no impiden el cumplimiento, sino que simplemente lo dificultan. Señala esto, pues hay ocasiones en que la actividad del acreedor es necesaria para el cumplimiento, pero el ordenamiento jurídico ha dispuesto otros medios para la tutela del interés del deudor a la liberación. Así sucede, por ejemplo, según Caballero Lozano, en el contrato de mandato, en cuya ejecución ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante. El mandatario, a falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia, ya que la ausencia de cooperación por parte del acreedor es contraria a la buena fe, a lo esperado y, por tanto, no debería esta situación ser indiferente al ordenamiento jurídico.

El autor citado añade que la cooperación del acreedor al cumplimiento, también tiene una característica de tipo interno. La actividad del acreedor ha de ajustarse a lo establecido en el título de la obligación, ya sea de modo expreso o bien indirectamente. La inexactitud de la cooperación equivale a su omisión, pero, a semejanza de lo que ocurre en el pago, el deudor no puede alegar una cooperación inexacta si aprovecha la actividad del acreedor y acto seguido culmina la prestación. En tal caso, el deudor sufre los efectos de una acción cuyas consecuencias pudo evitar; la cooperación inexacta no es una cooperación necesaria, puesto que el cumplimiento que se sigue es inexacto, esto es, no se corresponde con el previsto en el título de la obligación. En consecuencia, solo tiene el carácter de necesaria la colaboración que se acomoda perfectamente al tenor de la obligación.

Cuando el deudor desconoce esta circunstancia, sin su culpa, el cumplimiento defectuoso derivado de la cooperación inexacta es a cargo del acreedor. Asimismo, el deudor que conoce

esos defectos debe, por imperativo de la buena fe, ponerlos en conocimiento del acreedor, con el efecto de constituirlo en mora si no repite correctamente la cooperación, porque la cooperación que es inadecuada, a estos efectos debe ser equiparada a la falta absoluta de cooperación.

Por nuestra parte, concordamos con lo expresado por Caballero Lozano, ya que los deberes de cooperación del acreedor precisan guardar fidelidad con lo establecido para tal efecto en el título constitutivo de la obligación, vale decir que ellos deben ser idóneos, ajustándose a lo pactado o preceptuado por la ley.

Sin embargo, la idoneidad de los deberes de cooperación no puede ser apreciada en abstracto, sino en la medida en que dicha idoneidad o falta de idoneidad hayan permitido o no al deudor el cumplimiento de su obligación.

Y esto es claro, pues por más inadecuados que hubiesen resultado los deberes de cooperación, ellos, eventualmente, podrían haber permitido al pintor elaborar el retrato de acuerdo con el título constitutivo de la obligación; como sería el caso del acreedor que llega tarde a posar; y además de llegar tarde es persona inquieta; y solo se queda una hora, y no las cinco horas que debía permanecer en el taller del pintor. Y, a pesar de todo ello, el pintor logra elaborar un excelente retrato de ese acreedor esquivo.

En tal sentido, estimamos que lo que corresponderá en esos supuestos es apreciar si la falta de una cooperación adecuada ocasionó daños y perjuicios al deudor. Resulta evidente que si este hubiese sido el caso, el acreedor tendría el deber de indemnizarlos.

Caballero Lozano apunta, por último, que el defecto de la cooperación puede ser de carácter subjetivo, cuando existe irregularidad en la legitimación o capacidad del acreedor, u objetivo, si el comportamiento del acreedor o las cosas que debe entregar no se corresponden completamente con las contempladas en la obligación. Así, la cooperación parcial, o bien posibilita solo un cumplimiento parcial, o bien produce un incumplimiento parcial. El título de la obligación determinará, en cada caso, el contenido de la actividad a efectuar por el acreedor, lo que permitirá al intérprete conocer si se trata de un comportamiento técnicamente necesario, cuya omisión determine la protección del deudor a través de la *mora creditoris*.

Por nuestra parte, consideramos que los términos de Caballero Lozano no deben ser tomados en sentido absoluto, es decir entendiéndose que el cumplimiento parcial de los deberes de cooperación acarreará necesariamente un cumplimiento parcial de la obligación por el deudor.

El ejemplo del pintor demuestra que un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso del acreedor, puede acarrear o bien el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación por el deudor, o que nos encontremos ante un deudor a quien no le resulte difícil remontar las dificultades que le impuso su acreedor.

Se trata, por tal razón, de un asunto en el que no caben términos absolutos sino relativos.

2. Sistemas de constitución en mora del acreedor

Existen dos formas de constitución en mora del acreedor.

2.1. Sistema de las ofertas reales

En este caso se produce la mora *credendi* como consecuencia de que el deudor formule un ofrecimiento serio, real, oportuno, efectivo e íntegro, de cumplir la prestación y el acreedor rehúse aceptarlo, demostrando su falta de cooperación con el *solvens*.

Sin embargo, cabe precisar que el sistema de las ofertas reales exige, precisamente, que el deudor ofrezca al acreedor cumplir con la prestación debida, ya sea porque ha concluido con su elaboración y requiere entregarla, o porque resulta necesaria la participación del acreedor para que el deudor pueda ejecutarla.

Sin duda, el sistema de las ofertas reales se aprecia de manera más nítida cuando el deudor ya ha culminado con ejecutar la prestación y lo único que falta para que se complete el proceso de ejecución es la entrega propiamente dicha.

Para tal efecto, vamos a citar un ejemplo que con dos variantes ilustrará lo que venimos afirmando.

Si un personaje famoso hubiese contratado con un pintor la elaboración de un cuadro con su rostro, el mismo que deberá ser producido sin la presencia de dicho personaje, resultará factible que el pintor ejecute la obra y la concluya sin la participación del acreedor, pudiendo llegar a ofrecer entregársela inmediatamente después de terminada.

Sin embargo, el pintor se encontraría en situación distinta si se hubiese obligado a pintar el cuadro con la presencia física del personaje famoso. En este caso, es claro que no podría elaborar el cuadro si el personaje incumple con asistir a posar.

No obstante ello, el pintor sí podría constituir en mora a su acreedor mediante el sistema de las ofertas reales, no porque le esté ofreciendo entregar el cuadro terminado, sino por ofrecerle elaborarlo, para cuya ejecución resulta indispensable la presencia física del acreedor, esto es un deber de cooperación.

Así, es evidente que desde el momento mismo en que el pintor requiere a su acreedor para que pose, y este no cumple con hacerlo, quedará constituido en mora.

2.2. Sistema de la consignación judicial

Según este sistema, el único vehículo válido para constituir en mora al acreedor sería mediante la consignación judicial del bien. El solo ofrecimiento, por más serio y oportuno que fuere, no constituiría en mora al acreedor.

Nosotros no compartimos el criterio de que solo pueda constituirse en mora al acreedor en virtud del sistema de la consignación judicial, pues la consignación solo es un mecanismo de carácter voluntario u optativo, al cual puede recurrir el deudor si lo tiene a bien y si se cumplen todos los requisitos previstos por la ley para que proceda consignar.

Con lo expresado ponemos nuevamente de relieve el carácter meramente voluntario de la consignación, lo que nos conduce a afirmar que ella integra solamente un medio más para constituir en mora al acreedor, en adición al sistema de las ofertas reales, del que antes nos hemos ocupado.

Es importante agregar que el mecanismo de la consignación en el Perú no pasa por una acción directa, vale decir que se requiere, previamente, haber realizado un ofrecimiento de pago, ya sea judicial o extrajudicial, conforme a los supuestos previstos por el artículo 1252 del Código Civil peruano.

Independientemente de las críticas que hemos formulado al citado precepto, resulta claro que no cabe consignar sin haber ofrecido, razón por la cual el Derecho Peruano ha previsto el sistema de las ofertas reales como un medio idóneo de constitución en mora del acreedor.

A modo ilustrativo señalamos que en el Derecho italiano, para que se configure la mora del acreedor, es necesario que el deudor demuestre su diligencia para cumplir, y haya efectuado una declaración formal en el sentido de querer ejecutar su prestación mediante intimación al acreedor para que preste su colaboración. Además, se requiere que la oferta haya sido declarada válida por sentencia judicial o aceptada por el acreedor. Por último, que el acreedor haya rehusado, sin justificación alguna, recibir la prestación o cooperar con el deudor para que este cumpla con su obligación (DE RUGGIERO y MAROI, citados por BIEDMA, pp. 88 y 89).

En el Derecho italiano existen dos tipos de oferta. La oferta real, que es una entrega efectiva de la suma debida o de la cosa. Esta clase de oferta es requerida cuando tiene por objeto dinero, títulos de crédito o cosas muebles que deben consignarse en el domicilio del acreedor (artículo 1209). En este caso, la constitución en mora del acreedor se realizaría empleando el sistema de la consignación judicial.

El segundo tipo de oferta es una interpelación intimando al acreedor a cooperar. Se aplica cuando las cosas muebles han de entregarse en lugar distinto del domicilio del acreedor, consistiendo en una intimación a este para que las reciba (artículo 1209). También, cuando la oferta consiste en una obligación de hacer, intimando al acreedor a que reciba la prestación, o cumpla los actos necesarios para que sea posible el cumplimiento de la obligación (artículo 1217). Estos casos son ejemplos de la constitución en mora del acreedor mediante el sistema de las ofertas reales.

De esta manera, se aprecia que en el Derecho italiano existen los dos sistemas de constitución en mora del acreedor: en algunos casos será de aplicación el sistema de las ofertas reales, y en otros el de la consignación judicial.

De lo expresado se infiere que en el Derecho peruano se ha optado por el sistema de las ofertas reales para constituir en mora al acreedor, ya que el artículo 1338 del Código Civil dispone que "El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación".

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Bosch, Barcelona, 1997; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Editorial Nascimiento, Santiago de Chile, 1941; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Temas de Responsabilidad Civil. Biblioteca Jurídica Dike, Buenos Aires, 1995; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Imprenta Atlántica, Lima, s/f; BIEDMA, Alejandro. Mora Automática. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil argentino. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976; BREBBIA, Roberto. Hechos y actos jurídicos (Comentarios a los artículos 869 a 943 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia). Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Sexta Edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado. Tomo III. Ediar S.A., Buenos Aires, 1944; CABALLERO LOZANO, José. La Mora del Acreedor. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992; CANO, José Ignacio. La Mora. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo II, Volumen II. Bosch, Barcelona, 1971; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La Mora del Deudor en las Obligaciones con Prestación de no Hacer. En: Thémis, Segunda Época, número 12, 1988; CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús. El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones. Montecorvo, Madrid, 1979; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1969; CAZEAUX, BREBIA, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, ZANNONI. Temas de Derecho Civil. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado

de Legislación y Jurisprudencia. Garnier, París, 1869; CUENTAS, Raúl. La Mora en las Obligaciones de no Hacer. En: Diario Oficial El Peruano. Lima, 12 de agosto de 1997; DE LA PUENTE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte, tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1980; ENNECCERUS-LEHMAN. Derecho Civil, tomo II, volumen I, Obligaciones. Bosch, Barcelona, 1935; GAGLIARDO, Mariano. La Mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978; GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, séptima edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1984; GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores. La Mora del Deudor en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1993; HEDEMANN, J.W. Tratado de Derecho Civil, traducido por José Santos Briz, volumen III, Obligaciones. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; HERNÁNDEZ GIL, Félix. La intimación del acreedor en mora ex persona. En: Anuario de Derecho Civil, 1962-2, tomo XV; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, tomo II, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952; LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones. Tipografía Rezzónico, Buenos Aires, 1926; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Temis, Bogotá, 1993; MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. Porrúa S.A., México, 1993; MARTY, G. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Trad. José M. Cajica. Editorial Cajica, Puebla, 1952; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis y PIZARRO, Ramón Daniel. Reflexiones en torno a la Mora del Deudor y el Lugar de Cumplimiento de las Obligaciones. En: El Derecho, tomo 72; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Mora y Lugar de Pago en el Derecho Laboral. Crónica Forense. Segunda Época, año III, número 48, mayo-junio de 1983; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Mora en el Código Civil de Perú de 1984. Ponencia presentada al Congreso celebrado en Conmemoración de los Diez Años del nuevo Código Civil del Perú (Lima, septiembre de 1994); MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Diferencias entre la Mora del Acreedor y Pago por Consignación (con referencia al Código peruano de 1984). Artículo enviado personalmente a los autores por el doctor Luis Moisset de Espanés; OERTMANN, Paul. Introducción al Derecho Civil. Traducción de la Tercera Edición alemana, L. Sancho Seral. Labor, Barcelona, 1933; OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: Comisión Reformadora del Código Civil peruano, fascículo V; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Quinta Edición, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Elementos del Derecho Civil Peruano, tomo I. Lima: Tipografía Sesator, 1979; PEIRANO FACIO, Jorge. Estructura de la Mora en el Código Civil. Editorial Temis, Bogotá, 1983; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo VII. La Habana: Cultural S.A., 1945; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos del Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1964; URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Editorial Temis, Bogotá, 1970; SALVAT, Raymundo M. y GALLI, Enrique. Tratado de Derecho Civil argentino, De las Obligaciones en General. Tea, Buenos Aires, 1952; VON THUR, Andreas. Tratado de las Obligaciones, tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1934; WAYAR, Ernesto Clemente. Tratado de la Mora. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1981.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Acreedor debe practicar actos necesarios para que su deudor ejecute la prestación

En el caso de autos no se ha incurrido en aplicación indebida del artículo 1338 del Código Civil, pues, el acreedor quedó constituido en mora en razón de no practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación, lo que se materializa en el hecho de haber pretendido, arbitrariamente, que la obligación pendiente de pago sea cancelada en un monto mucho mayor al realmente adeudado ***(Cas. Nº 2039-2006-Tacna).***

Indemnización por mora del acreedor

Artículo 1339.- ***El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso.***

Concordancias:
C.C. arts. 1140, 1321; LEY 26887 art. 80

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE (*)

1. Deber de indemnizar los daños y perjuicios causados al deudor

Moisset de Espanés señala que constituye también un efecto de la mora del acreedor, previsto en el artículo 1339 del Código Civil peruano de 1984, el deber de indemnizar al deudor por los daños y perjuicios que le origine su actitud.

Agrega Moisset de Espanés que esta indemnización comprenderá tanto los gastos originados por el ofrecimiento de pago que no fue aceptado, como los que pueda acarrear la guarda y cuidado de la cosa debida.

Por nuestra parte, expresamos que es criterio universal que resultan susceptibles de indemnización los daños y perjuicios de carácter moratorio, vale decir aquellos que se generen durante el periodo de la mora, sea esta del deudor o del acreedor.

Por lo demás, esta materia se regulará por las disposiciones generales del Código Civil (artículos 1314 y siguientes).

2. Otros efectos de la mora del acreedor

Moisset de Espanés piensa que las previsiones sobre los efectos de la mora del acreedor en el Código Civil peruano son escasas, a diferencia de otros Códigos. Refiere como ejemplo que nada ha previsto dicho cuerpo legal con respecto a los límites que puede tener la restitución de productos cuando un tercero los hubiese separado o percibido sin culpa del deudor; ni tampoco respecto a los intereses compensatorios, aunque estima el citado autor que estos deberían suspenderse si a la interpelación se agrega la consignación de la suma debida.

Finalmente, agrega que tampoco se regula la forma en que el acreedor puede poner fin a su situación de mora. En este sentido, considera que por aplicación de principios generales, el acreedor que cese en su actitud omisiva y ofrezca la colaboración necesaria con relación a los deberes secundarios de conducta, o reclame el cumplimiento mostrándose dispuesto a recibir el pago, pondrá, de esta manera, fin a su estado de mora.

Nosotros disentimos de lo expresado por Moisset de Espanés, ya que consideramos que el Código Civil no podía –ni debía– prever todas las consecuencias de una determinada situación jurídica de manera conjunta, agrupadas o en un mismo lugar del propio Código.

Independientemente del silencio del Código peruano respecto a otros efectos de la mora del acreedor, no será difícil deducir las consecuencias de los mismos por aplicación de los preceptos específicos que sobre determinados temas prevé el propio Código.

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

Así, para saber qué ocurre con los frutos y productos, deberemos interpretar las normas generales que sobre el tema contempla nuestro cuerpo normativo.

En lo que respecta a los intereses compensatorios, nos parece adecuado que el Código Civil no se pronuncie al respecto, pues la solución resulta evidente.

Si se tratase de un deudor que adeuda una suma de dinero y se la ofrece pagar a su acreedor, negándose este a recibirla, resulta claro que el deudor tendrá dos caminos. El primero consistirá en retener el dinero debido, si le resultara tolerable que sobre el mismo se sigan devengando los intereses compensatorios correspondientes (si se hubieran pactado intereses compensatorios, pues si ellos no se hubiesen estipulado, la mora del acreedor no sería causa generadora de interés alguno). La segunda vía consistirá en decidir que no le resulta conveniente continuar asumiendo el pago de intereses compensatorios, luego de constituido en mora el acreedor. Esta situación conducirá al deudor a tratar de liberarse a la brevedad posible del devengamiento de dichos intereses compensatorios; y la única forma que tendrá para lograrlo es la de recurrir al pago por consignación, mecanismo que surtirá los efectos liberatorios del pago.

Por otra parte, y a pesar de que resulta evidente, mientras subsista la mora del acreedor, no puede pensarse en la generación de intereses moratorios en perjuicio del deudor; ello en estricta aplicación del antiguo principio "no hay mora sin culpa".

Variando de tema, Caballero Lozano (pp. 239-245) expresa que los efectos de la mora del acreedor son distintos para cada tipo de obligación. Atendiendo al objeto, la pérdida de la cosa debida tiene un sentido distinto en las obligaciones de hacer respecto a las de dar. Con relación al vínculo, la incidencia de la mora, en cuanto al riesgo por pérdida de la cosa, es distinta en las obligaciones simples y en las recíprocas, si no diametralmente opuestas. Asimismo, los efectos dependen de la calificación que merezca la cooperación, si es una obligación o una carga.

Además el autor citado considera que el momento determinante es aquel en el cual coincidan, primero que el deudor haya hecho todo cuanto debía, de modo que a partir de entonces el cumplimiento dependa solo y exclusivamente del acreedor, y segundo, cuando el acreedor se haya negado a colaborar en el cumplimiento. Este es el momento en que un hecho dependiente del acreedor imposibilita la continuación de la actividad solutoria del deudor o su culminación, porque hasta esa fecha cabía esperar, por el deudor, conforme a la buena fe, la actividad positiva del acreedor.

Los efectos de la mora del acreedor, según precisa Caballero Lozano, van dirigidos a evitar al deudor cualquier consecuencia dañosa derivada de la falta de cooperación del acreedor; asimismo, y de modo secundario, el fin que se persigue es mantener, en lo posible, la integridad de la prestación a la que tiene derecho el acreedor, a pesar de estar en una situación reprobada por el Derecho. Así, los citados efectos redundan en beneficio no solo del deudor, sino también –aunque sea de modo indirecto– del acreedor. Agrega Caballero Lozano que esto segundo es notorio, desde el momento en que el deudor continúa obligado a conservar la cosa objeto de la prestación y responde de su pérdida o deterioro culpables.

Nosotros coincidimos con lo expresado por Caballero Lozano, ya que debe tenerse sumo cuidado en apreciar desde qué momento se produce la situación moratoria del acreedor, para también poder conocer desde qué momento se originarán los efectos estudiados.

Resulta claro, asimismo, que no todas las situaciones de mora tendrán similares características, en la medida en que mucho dependerá del tipo de obligación, de su naturaleza y de los términos y condiciones contractuales.

No obstante, la experiencia enseña que en la práctica no resulta difícil identificar estos momentos.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Bosch, Barcelona, 1997; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Editorial Nascimiento, Santiago de Chile, 1941; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Temas de Responsabilidad Civil. Biblioteca Jurídica Dike, Buenos Aires, 1995; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Imprenta Atlántica, Lima, s/f; BIEDMA, Alejandro. Mora Automática. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil argentino. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976; BREBBIA, Roberto. Hechos y actos jurídicos (Comentarios a los artículos 869 a 943 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia). Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Sexta Edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado. Tomo III. Ediar S.A., Buenos Aires, 1944; CABALLERO LOZANO, José. La Mora del Acreedor. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992; CANO, José Ignacio. La Mora. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo II, Volumen II. Bosch, Barcelona, 1971; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La Mora del Deudor en las Obligaciones con Prestación de no Hacer. En: Thémis, Segunda Época, número 12, 1988; CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús. El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones. Montecorvo, Madrid, 1979; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1969; CAZEAUX, BREBIA, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, ZANNONI. Temas de Derecho Civil. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Garnier, París, 1869; CUENTAS, Raúl. La Mora en las Obligaciones de no Hacer. En: Diario Oficial El Peruano. Lima, 12 de agosto de 1997; DE LA PUENTE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte, tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1980; ENNECCERUS-LEHMAN. Derecho Civil, tomo II, volumen I, Obligaciones. Bosch, Barcelona, 1935; GAGLIARDO, Mariano. La Mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978; GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, séptima edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1984; GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores. La Mora del Deudor en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1993; HEDEMANN, J.W. Tratado de Derecho Civil, traducido por José Santos Briz, volumen III, Obligaciones. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; HERNÁNDEZ GIL, Félix. La intimación del acreedor en mora ex persona. En: Anuario de Derecho Civil, 1962-2, tomo XV; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, tomo II, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952; LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones. Tipografía Rezzónico, Buenos Aires, 1926; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Temis, Bogotá, 1993; MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. Porrúa S.A., México, 1993; MARTY, G. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Trad. José M. Cajica. Editorial Cajica, Puebla, 1952; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis y PIZARRO, Ramón Daniel. Reflexiones en torno a la Mora del Deudor y el Lugar de Cumplimiento de las Obligaciones. En: El Derecho, tomo 72; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Mora y Lugar de Pago en el Derecho Laboral. Crónica Forense. Segunda Época, año III, número 48, mayo-junio de 1983; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Mora en el Código Civil de Perú de 1984. Ponencia presentada al Congreso celebrado en Conmemoración de los Diez Años del nuevo Código Civil del Perú (Lima, septiembre de 1994); MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Diferencias entre la Mora del Acreedor y Pago por Consignación (con referencia al Código peruano de 1984). Artículo enviado personalmente a los autores por el doctor Luis Moisset de Espanés; OERTMANN, Paul. Introducción al Derecho Civil. Traducción de la Tercera Edición alemana, L. Sancho Seral. Labor, Barcelona, 1933; OLAECHEA y

OLAECHEA, Manuel Augusto. En: Comisión Reformadora del Código Civil peruano, fascículo V; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Quinta Edición, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Elementos del Derecho Civil Peruano, tomo I. Lima: Tipografía Sesator, 1979; PEIRANO FACIO, Jorge. Estructura de la Mora en el Código Civil. Editorial Temis, Bogotá, 1983; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo VII. La Habana: Cultural S.A., 1945; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos del Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1964; URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Editorial Temis, Bogotá, 1970; SALVAT, Raymundo M. y GALLI, Enrique. Tratado de Derecho Civil argentino, De las Obligaciones en General. Tea, Buenos Aires, 1952; VON THUR, Andreas. Tratado de las Obligaciones, tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1934; WAYAR, Ernesto Clemente. Tratado de la Mora. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1981.

Asunción del riesgo por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación

Artículo 1340.- ***El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.***

Concordancias:
C.C. arts. 1140, 1318, 1319, 1320

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE (*)

Refiere Albaladejo (pp. 156-159) que el acreedor pasa a soportar los casos fortuitos (o hipótesis de fuerza mayor), incluso cuando, si no hubiese incurrido en mora, hubiesen sido de cuenta del deudor.

Por lo que atañe a la imposibilidad de la prestación (o de realizarla exactamente) que procede de culpa (de culpa en sentido estricto, o de dolo) del deudor, sigue siendo, a pesar de la mora del acreedor, responsable aquel; pues no sería justo que, aun siendo el acreedor causante del retraso, resulte perjudicado por algo cuando no depende de tal retraso, sino de culpa de la otra parte.

Puig Brutau (pp. 495 y 496) comparte este parecer.

Moisset de Espanés (Mora en el Código Civil peruano, pp. 16 y 17), por su parte, comentando las normas sobre la mora del acreedor del Código Civil peruano de 1984, refiere que a partir del momento en que se constituye en mora al acreedor quedan a su cargo los riesgos de pérdida, deterioro o imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida, salvo que estas circunstancias se produjeran por dolo o culpa inexcusable del deudor (artículo 1340 del Código Civil peruano).

Respecto a la regla citada, el profesor argentino sostiene que esta se limita a hablar de "imposibilidad", pero resulta indudable que si el acreedor es moroso, esta circunstancia, asimismo, sitúa a su cargo los riesgos por los deterioros que sufra la cosa o los menoscabos y limitaciones de cualquier tipo que se produzcan en las obligaciones de hacer o de no hacer.

Moisset de Espanés considera que lo dispuesto en el artículo 1340 del Código Civil peruano resulta concordante con la previsión contenida en el último párrafo del artículo 1140 del propio Código, que exime al deudor de pagar el valor del bien cierto debido, cuando el acreedor ha sido constituido en mora.

El contenido del artículo 1340 del Código Civil establece de manera muy clara que los riesgos por imposibilidad de cumplimiento de la obligación, sin culpa de las partes, son asumidos por el acreedor que se encuentra en estado moratorio.

Esta no es otra cosa que la transferencia del riesgo, que constituye uno de los efectos propios de la constitución en mora del acreedor.

Normalmente, dentro del esquema que en materia de teoría del riesgo contempla el Código Civil peruano de 1984, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación sin culpa

(*) Los autores agradecemos a Alfonso Rebaza González por su colaboración en adecuar nuestras doctrinas a los requerimientos de esta obra colectiva.

de las partes acarrea la aplicación del principio *periculum est debitoris*. Esto significa que el riesgo de pérdida o deterioro de la prestación o de imposibilidad de ejecución de la misma, en el sentido amplio, habitualmente es asumido por el deudor, vale decir, que será el deudor quien sufra los riesgos y perjuicios de dicha imposibilidad, traducidos en la pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Sin embargo, el estado moratorio hace que se configure una situación distinta; precisamente, la situación que se presentará será la inversa, produciéndose la transferencia del riesgo ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación sin culpa de las partes.

Dentro de tal orden de ideas, el principio que se aplicará a partir de la constitución en mora del acreedor, será el *periculum est creditoris* (el acreedor sufre el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere).

Note el lector que en ningún momento hemos hecho referencia al tema de la indemnización por daños y perjuicios, en la medida en que esta no se deberá (por lo menos en su aspecto compensatorio) si es que la prestación resultase imposible sin culpa de las partes, por más que el acreedor se encontrara en estado moratorio.

Por otra parte, Moisset de Espanés considera que existe una aparente contradicción entre los artículos 1340 y 1140 del Código Civil –por un lado– y el artículo 1251 –por otro–, precepto, este último, que parece exigir que al ofrecimiento de pago se sume la consignación de la cosa debida para liberar de responsabilidad al acreedor. En este sentido, Moisset de Espanés entiende que una adecuada correlación de estas reglas debe llevar a las siguientes conclusiones:

1. El ofrecimiento de pago, o la correspondiente intimación de que se cumplan las conductas de colaboración debidas por el acreedor, lo coloca en situación de mora, pero la obligación todavía existe.

2. Durante la mora del acreedor los riesgos de pérdida o deterioro de la prestación están a su cargo.

3. La mora del acreedor abre camino a la posibilidad de consignar.

4. La consignación válidamente efectuada libera totalmente al deudor y extingue la obligación.

Por nuestra parte, insistimos en que deben entenderse como temas distintos la constitución en mora del acreedor y el pago por consignación.

Ello porque la situación moratoria acarreará determinadas consecuencias que nos encontramos estudiando, las mismas que son distintas a las del pago por consignación.

Además, la mora del acreedor responde necesariamente a lo que se entiende por actos de ofrecimiento de pago, seguidos de una falta o ausencia de cooperación por parte del acreedor de la obligación. Pero, como sabemos, el ofrecimiento de pago no es sinónimo de consignación, ya que esta es necesariamente un acto posterior al ofrecimiento de pago. Es más, como sabemos, no hay consignación sin previo ofrecimiento de pago, pues el Derecho entiende que sería absurdo consignar sin antes haber ofrecido pagar o, al menos, haber comprobado encontrarse en la imposibilidad material o jurídica de realizar dicho ofrecimiento.

De otro lado, dentro del régimen legal peruano, la consignación, salvo que la ley establezca lo contrario, es voluntaria, vale decir que el deudor deberá realizar un análisis del caso concreto para obtener sus propias conclusiones en el sentido de si le conviene consignar o

no, luego de haber ofrecido el pago. Y no siempre será conveniente para el deudor consignar, pues hay ocasiones en las cuales el deudor se verá beneficiado con no consignar, como sería el caso en el cual mantuviese la posesión de un bien que le fuera útil y que no le reportase el pago de costos de mantenimiento, ni de intereses compensatorios.

Agrega Moisset de Espanés que cuando el acreedor está en mora no se aplica la regla de que, haciéndose imposible la prestación en poder del deudor, se presume que es por su culpa. Dicha presunción, que carga sobre el deudor la prueba de su no culpabilidad, sería perjudicial para él mismo, y lo sería por causa del acreedor, que, al no recibir la prestación, motivó que esta siguiese en poder del deudor. Por ello, parece justo que, en caso de mora del acreedor, se presuma que la imposibilidad de la prestación procede de caso fortuito, permitiéndose que el acreedor pruebe lo contrario.

Por nuestra parte, disentimos de esta opinión.

La divergencia obedece a que no resulta posible dar una lectura distinta a una presunción legal, como la establecida en el artículo 1329 del Código Civil, precepto que señala lo siguiente: "Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor". En consecuencia, si se origina el incumplimiento de una obligación, inmediatamente se aplicará la presunción establecida en la norma citada.

Sin embargo, como se trata de una presunción *iuris tantum,* vale decir de una presunción que admite prueba en contrario, el deudor podría demostrar, si fuera el caso, que su incumplimiento no obedeció a causa a él imputable.

Dentro de tal orden de ideas, si el deudor hizo el ofrecimiento de pago respectivo y este ofrecimiento no fue seguido por la aceptación o por los actos de colaboración del acreedor, necesarios para que el deudor pudiera pagar, entonces se configuraría el supuesto previsto por el artículo 1314 del Código Civil, precepto que dispone que "Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Así, no se trata de invertir presunción alguna. Solo se trata de que ante una situación de incumplimiento, el deudor que no ha podido pagar por culpa del acreedor se vea exonerado de responsabilidad, pero, para tal efecto, deberá probar la condición moratoria del acreedor.

Como la mora del acreedor no se presume, ni se entiende por dada, ella deberá ser demostrada por el deudor.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones. Volumen Primero. Bosch, Barcelona, 1997; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Editorial Nascimiento, Santiago de Chile, 1941; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. Temas de Responsabilidad Civil. Biblioteca Jurídica Dike, Buenos Aires, 1995; BADANI CHÁVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones. Imprenta Atlántica, Lima, s/f; BIEDMA, Alejandro. Mora Automática. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986; BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil argentino. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976; BREBBIA, Roberto. Hechos y actos jurídicos (Comentarios a los artículos 869 a 943 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia). Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Sexta Edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973; BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado. Tomo III. Ediar S.A., Buenos Aires, 1944; CABALLERO LOZANO, José. La Mora del Acreedor. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992; CANO, José Ignacio. La Mora. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; CARBONNIER,

Jean. Derecho Civil. Tomo II, Volumen II. Bosch, Barcelona, 1971; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La Mora del Deudor en las Obligaciones con Prestación de no Hacer. En: Thémis, Segunda Época, número 12, 1988; CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús. El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones. Montecorvo, Madrid, 1979; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Platense, La Plata, 1969; CAZEAUX, BREBIA, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, ZANNONI. Temas de Derecho Civil. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980; COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Garnier, París, 1869; CUENTAS, Raúl. La Mora en las Obligaciones de no Hacer. En: Diario Oficial El Peruano. Lima, 12 de agosto de 1997; DE LA PUENTE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte, tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1978; EMILIANI ROMÁN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1980; ENNECCERUS-LEHMAN. Derecho Civil, tomo II, volumen I, Obligaciones. Bosch, Barcelona, 1935; GAGLIARDO, Mariano. La Mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978; GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, séptima edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1984; GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores. La Mora del Deudor en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1993; HEDEMANN, J.W. Tratado de Derecho Civil, traducido por José Santos Briz, volumen III, Obligaciones. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; HERNÁNDEZ GIL, Félix. La intimación del acreedor en mora ex persona. En: Anuario de Derecho Civil, 1962-2, tomo XV; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, tomo II, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952; LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones. Tipografía Rezzónico, Buenos Aires, 1926; LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Temis, Bogotá, 1993; MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. Porrúa S.A., México, 1993; MARTY, G. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Trad. José M. Cajica. Editorial Cajica, Puebla, 1952; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979; MOISSET DE ESPANÉS, Luis y PIZARRO, Ramón Daniel. Reflexiones en torno a la Mora del Deudor y el Lugar de Cumplimiento de las Obligaciones. En: El Derecho, tomo 72; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Mora y Lugar de Pago en el Derecho Laboral. Crónica Forense. Segunda Época, año III, número 48, mayo-junio de 1983; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La Mora en el Código Civil de Perú de 1984. Ponencia presentada al Congreso celebrado en Conmemoración de los Diez Años del nuevo Código Civil del Perú (Lima, septiembre de 1994); MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Diferencias entre la Mora del Acreedor y Pago por Consignación (con referencia al Código peruano de 1984). Artículo enviado personalmente a los autores por el doctor Luis Moisset de Espanés; OERTMANN, Paul. Introducción al Derecho Civil. Traducción de la Tercera Edición alemana, L. Sancho Seral. Labor, Barcelona, 1933; OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: Comisión Reformadora del Código Civil peruano, fascículo V; OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Quinta Edición, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994; PALACIO PIMENTEL, Gustavo. Elementos del Derecho Civil Peruano, tomo I. Lima: Tipografía Sesator, 1979; PEIRANO FACIO, Jorge. Estructura de la Mora en el Código Civil. Editorial Temis, Bogotá, 1983; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo VII. La Habana: Cultural S.A., 1945; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos del Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1964; URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta breves ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Editorial Temis, Bogotá, 1970; SALVAT, Raymundo M. y GALLI, Enrique. Tratado de Derecho Civil argentino, De las Obligaciones en General. Tea, Buenos Aires, 1952; VON THUR, Andreas. Tratado de las Obligaciones, tomo II. Editorial Reus, Madrid, 1934; WAYAR, Ernesto Clemente. Tratado de la Mora. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1981.

CAPÍTULO TERCERO
Obligaciones con cláusula penal

Función indemnizatoria de la cláusula penal

Artículo 1341.- *El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.*

Concordancias:
C.C. arts. 1563, 1704

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO / ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

1. Definición

El instituto bajo estudio ha sido denominado por la doctrina de distintas maneras: pena convencional, penalidad, multa convencional, pena obligacional, cláusula penal, etc. Se han dado diversas razones para llamarlo de una u otra manera; nosotros, por razones prácticas, lo llamaremos indistintamente pena convencional o cláusula penal.

La cláusula penal puede ser calificada como una de las garantías de la obligación. Como se sabe, en sentido general se denomina garantía a cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad del crédito (DÍEZ-PICAZO, p. 395). La garantía puede originarse de una norma o ser producto de la voluntad de las partes, en cualquier caso siempre viene a añadir al crédito algo que por sí mismo no tiene, de modo que es un plus que se yuxtapone y mejora la posición jurídica del acreedor, dándole mayor seguridad de que su interés será satisfecho. En estricto sentido, la garantía es un nuevo derecho subjetivo que amplía el ámbito de poder jurídico del acreedor.

Por su naturaleza garantista la cláusula penal supone la primera existencia de una relación obligatoria. Esta obligación puede ser de cualquier clase: de dar, hacer o no hacer; puede garantizar una prestación en particular a todo el contrato.

Endemann conceptúa la cláusula penal en los siguientes términos: "La pena convencional es una prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor, para el caso de incumplimiento de su obligación o para el caso de cumplimiento no regular. Su fin consiste tanto en ofrecer al acreedor un medio conminativo severo contra el deudor, especialmente para disuadirle de adoptar un proceder contrario a lo prometido, cuanto también consiste en descargar al acreedor de la estimación de su petición por razón de los perjuicios. La prestación prometida es pena, en cuanto de antemano importa un interés ya estimado" (citado por LEÓN BARANDIARÁN, pp. 195,196).

2. Características

Hemos dicho que la cláusula penal es una estipulación accesoria y que tiene una clara función garantista. La sanción que contiene la cláusula penal suele ser pecuniaria, aunque no hay impedimento para que sea de otra naturaleza. Como se ha visto, el carácter accesorio y garantista de la cláusula penal está claramente expresado en el Código. A lo primero se refiere principalmente el artículo bajo comentario; lo segundo lo establece el artículo 1344, que determina la oportunidad de estipulación de la pena convencional, señalando que esta se acuerda conjuntamente o en acto posterior al surgimiento de la obligación, lo cual revela con claridad el carácter accesorio de este instituto, dado que su existencia solo es posible luego del surgimiento de la obligación principal.

Desde luego, la cláusula penal no es una garantía real y más bien se enmarca dentro de las garantías personales junto con la fianza. Se trata a su turno de una obligación, pero accesoria, que se suma a la relación obligatoria principal para reforzarla, agravando los alcances de la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento. No obstante la naturaleza accesoria de las garantías en general, en el sentido de su dependencia existencial con respecto a la obligación principal, aquellas pueden llegar a tener existencia propia por voluntad de las partes. Tal el caso de la fianza (artículo 1875); e incluso en ocasiones la nulidad de la garantía puede llevar a la nulidad de la obligación principal, tal lo que sucede cuando las partes le han dado a esta cláusula carácter esencial al amparo del artículo 224 del Código Civil.

La utilidad de la cláusula penal es manifiesta. Se trata de una liquidación antelada de los daños. Exonerando de la prueba de la existencia del perjuicio, así como de la cuantía del mismo.

3. Funciones que cumple la cláusula penal

En general, la función que siempre cumple la cláusula penal es de garantía, es decir, de protección o aseguramiento del crédito. Sin embargo, ya en la práctica, la pena convencional puede desarrollar distintas funciones en virtud de la configuración otorgada por las partes y permitidas por la ley, en la medida en que las normas sobre el Derecho de Obligaciones son básicamente derecho dispositivo, salvo cuando la propia ley lo establezca. Todo esto en estricta inteligencia con los principios de libertad económica y libertad de iniciativa privada consagrados en la Constitución (artículos 58 y siguientes).

4. Función indemnizatoria

La norma bajo comentario recoge la función indemnizatoria inherente a la pena convencional. En realidad, actualmente no se discute la posibilidad que tiene la cláusula penal de cumplir esta función; lo que se "debate" es si esta es la función principal o si es la función exclusiva. Un sector de la doctrina nacional no comparte esta idea, pues entiende que la cláusula penal no cumple una función indemnizatoria o resarcitoria, sino que entiende que estamos frente a una "tutela frente al incumplimiento" (FERNÁNDEZ CRUZ, pp. 21-22). En todo caso, nosotros creemos que cualquier discusión no deja de tener un tono excesivamente conceptual, pues como ya lo adelantamos la función o funciones que cumplirá la cláusula penal serán las que le den las partes y la ley permita.

Ahora bien, cuando la cláusula penal cumple la función indemnizatoria, está destinada a limitar la reparación de los perjuicios que pudieran originarse como consecuencia del incumplimiento de la obligación. Se trata de un pacto que opera a manera de tope convencional –acordado por anticipado– y que liquida anteladamente la cuantía de los daños.

Dada la importancia de esta función de la cláusula penal, en nuestro país Felipe Osterling y Mario Castillo, (p. 2371) han llegado a afirmar que si no está presente la función indemnizatoria, la cláusula penal no es tal. Aunque ordinariamente la cláusula penal cumple dicha función, no podemos dejar de expresar nuestras reservas a la afirmación de los citados autores, pues evidentemente la cláusula penal, como ya se ha dicho, puede tener otras funciones e incluso puede que estas ocasionalmente tengan un rol más importante que el indemnizatorio. En la doctrina nacional se comparte nuestro parecer y se hace referencia a la doctrina comparada, en el sentido de que "se critica la falta de coherencia de la posición que entiende que la cláusula penal tiene exclusivamente la función resarcitoria, cuando se afirma que la norma que permite la exigibilidad de la penalidad independientemente de la prueba del daño, si es leída en clave de resarcimiento, exonera seguramente al acreedor de la prueba, debida de otra forma, sea de la simple existencia que del exacto monto del daño; pero una igual y coherente clave de lectura no debería de inhibir la prueba contraria al deudor" (ESPINOZA ESPINOZA, p. 227).

Pero la doctrina local ha ido más allá para justificar una función eminentemente indemnizatoria. Para Martínez Coco (p. 162) la cláusula penal cumple una función exclusivamente indemnizatoria y no compulsiva, pues afirma que esta última función solo tiene lugar en aquellos ordenamientos que se han inclinado por la inmutabilidad de la cláusula penal, es decir, por el hecho de que luego de pactado su monto no pueda discutirse judicialmente, principio que no ha sido consagrado por nuestro ordenamiento, según el artículo 1346 del Código Civil. Nosotros tenemos reparos respecto de esta postura, pues actualmente la tendencia a la mutabilidad es dominante, sobre todo en un contexto en el que predominan los contratos masivos y las relaciones de consumo, en los que claramente pueden advertirse relaciones asimétricas con marcada ventaja del proveedor o empresario. Por encima de construcciones excesivamente teóricas, en la práctica, aun cuando se admita la mutabilidad de la pena, como en nuestro sistema, igual puede constatarse un carácter compulsivo de esta figura, si admitimos que la compulsividad no es una categoría jurídica, y que, por lo demás, no aparece en la ley. Compulsión es compelir, que tiene fuerza para cumplir, y no hay duda de que una obligación garantizada tiene mayor fuerza que aquella que no lo está. Por lo demás, la mutabilidad de la cláusula penal adoptada por el Código es relativa, pues para que se morigere el monto habrá de ser manifiestamente excesiva o haberse cumplido en parte o irregularmente la obligación.

Ahora bien, según hemos referido, la función indemnizatoria debe ser apreciada como el avalúo anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento pudiera causar. Dicho en otros términos, en principio, es la penalidad convenida y no los daños y perjuicios realmente causados la que deberá considerarse como monto indemnizatorio a pagar. De este modo, las partes fijan de forma previa los posibles daños que el acreedor pudiera sufrir, sustituyendo a una futura indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento (ESPÍN ALBA, p. 53).

Al respecto, Mazzarese (p. 161) sostiene que esta función no se refiere tanto a la reintegración pecuniaria del daño, sino más bien a una técnica negocial de satisfacción del derecho violado, aunque no se haya causado lesión patrimonial.

Como se puede advertir, la principal ventaja de la función liquidadora de la penalidad es evitar las dificultades relativas a la probanza de la existencia de los daños y de su cuantía. En tal virtud, no será necesario discutir la indemnización, pudiendo el acreedor reclamar directamente la cuantía prefijada. Ello obedece a que "los contratantes acuden al establecimiento de cláusulas penales liquidatorias, en las que con carácter previo se fija el valor de la indemnización derivada del incumplimiento o cumplimiento inexacto, fijando normalmente cantidades

superiores a la que estimarían los tribunales como resarcimiento por daños y perjuicios, lo que fuerza el exacto cumplimiento de lo pactado" (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, p. 16).

No obstante, adviértase que "la liquidación convencional de los daños e intereses se hace a pérdidas y ganancias puesto que no se sabe por anticipado cuál será el daño real" (BUSSO, p. 452).

5. Función compulsiva

Por otra parte, como ya se anticipó, la cláusula penal cumple también una función compulsiva. No hay duda de que la compulsividad será mayor cuando mayor sea el monto de la pena y más aún si esta es intangible por el juez. Sin embargo, como veremos luego, la inmutabilidad de pena es cuestionable, sobre todo en las relaciones de mercado, que es donde las relaciones obligacionales operan; y es que actualmente se ha demostrado que en todas las economías modernas las asimetrías son generalizadas y no la excepción, pues los mercados no operan a la perfección en forma que suponen los modelos simplistas que presumen competencia e información perfecta (cfr. STIGLITZ J., pp. 13 y 14).

La libertad e igualdad en el mercado en las que creían los primeros seguidores de Smith y sobre cuya base se diseñaron los códigos occidentales sencillamente no existen en nuestros días.

6. Cláusulas limitativas de responsabilidad. La eventual nulidad de la pena obligacional

Hemos destacado como una de las funciones de la cláusula penal, la de limitar la responsabilidad del deudor frente a los daños que hubiera irrogado su incumplimiento.

Como consecuencia de ello, una vez verificada la inejecución, el acreedor no podrá demandar de manera indistinta la penalidad o la indemnización del daño, sino que solo podrá requerir el pago de la primera, habiendo la cláusula penal impedido el surgimiento de la obligación resarcitoria (MARINI, p. 164).

No obstante la licitud de la pena obligacional, la limitación de responsabilidad que otorga la pena adquiere un matiz distinto en el supuesto en que el incumplimiento del deudor obedezca a dolo o culpa inexcusable (ALTERINI, p. 303). Así, de acuerdo con el artículo 1328 del Código Civil, el pacto de limitación de responsabilidad sería nulo, por cuanto "es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga. / También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público".

De igual modo será nula toda limitación de responsabilidad que se convenga en el marco de contratos celebrados bajo cláusulas generales de contratación o mediante contratos por adhesión (artículo 1398).

Ello se ve complementado por el artículo 1986 del acotado Código, en cuanto prescribe que: "Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable".

Cabe advertir que, no obstante encontrarse esta norma ubicada en la parte de Responsabilidad Extracontractual, esta última norma resulta plenamente aplicable a los casos de

inejecución de obligaciones y, dentro de este supuesto, a la cláusula penal, cuando el incumplimiento obedezca a dolo o culpa inexcusable.

Además del supuesto de limitación de responsabilidad, la nulidad a que aluden estas normas se haría aún más evidente en los casos en que se hubiese pactado una penalidad ínfima. En efecto, el análisis de las normas citadas debe tener presente que la cláusula penal cumple una función resarcitoria, esto es, la de servir como liquidación convencional anticipada de los daños resultantes de la inejecución. En este sentido, cabría preguntarse si es posible pactar que la cláusula penal prevea entre los daños que está destinada a indemnizar, aquellos derivados del incumplimiento doloso, teniendo en cuenta que en los casos de dolo o culpa inexcusable el deudor responde por los daños previsibles y, además, por los imprevisibles.

A criterio de Osterling este supuesto es plenamente válido "pues si el deudor, en los casos de dolo, responde no solo de los daños y perjuicios previstos o que hayan podido preverse al tiempo de constituirse la obligación, sino de todos aquellos otros que se deriven de la falta de cumplimiento, es lógico que el acreedor tenga derecho a exigir una reparación superior a la pactada. En estos casos el acreedor solo pudo estipular la reparación de los daños y perjuicios previstos, pero el deudor responde, además, de los daños y perjuicios imprevistos" (OSTERLING, *La inmutabilidad ...*, p. 26). Recordemos que la valuación anticipada de los daños no quiere decir limitación de responsabilidad, sino que tiene por finalidad ponderar previamente los daños para evitar la prueba.

En este orden de ideas, el monto pactado como cláusula penal solo podría indemnizar los daños previsibles al momento en que se contrajo la obligación; no obstante, los daños imprevisibles derivados del incumplimiento agravado ya no podrían ser indemnizados atendiendo al carácter limitativo de la penalidad.

Tal temperamento determina que, en este supuesto, la cláusula penal pueda ser considerada como una cláusula limitativa de responsabilidad para los supuestos de incumplimiento agravado en que el monto fijado no logre la reparación de los daños.

Cabe advertir que no se trata de un tema pacífico, pues podrían existir razones para considerar que las normas citadas no resultan aplicable a la cláusula penal. Así, a criterio de García Amigo (citado por ESPÍN ALBA, pp. 111 y 112), cuando el daño es superior al monto de la pena, la cláusula penal podría asumir la función de cláusula limitativa de responsabilidad. Sin embargo, debemos señalar que existen diferencias sustanciales entre estas dos instituciones:

- La cláusula limitativa de responsabilidad nace para proteger al deudor; mientras que la penalidad generalmente se pacta a favor del acreedor.
- Asimismo, mientras la cláusula limitativa de responsabilidad se refiere al daño, la cláusula penal presupone el incumplimiento, independientemente del daño.

Sin perjuicio de la validez de estos argumentos, consideramos que aun cuando puedan existir diferencias conceptuales entre la cláusula penal y las cláusulas limitativas de responsabilidad, la función que cumplen las penalidades diminutas es idéntica: limitar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento. De ahí que resulte válido afirmar que las normas bajo análisis resultan plenamente aplicables para los supuestos de cláusulas penales irrisorias en que no se hubiese pactado la posibilidad de indemnizar el daño ulterior y que se hubiesen activado como consecuencia del incumplimiento por dolo o por culpa inexcusable.

De otro lado, eventualmente el juez podría establecer, mediante una valuación de mérito, si la penalidad se presenta como elusiva del deber de resarcimiento de la responsabilidad por

dolo o culpa inexcusable (MAZZARESE, p. 522). Esta posibilidad no es descartada por nosotros; en tal sentido, consideramos que las consecuencias que establecen los artículos 1328 y 1986 deben ser interpretadas de manera restrictiva, declarándose la nulidad solamente de aquellas penalidades que hayan fijado sumas irrisorias con la intención de limitar la responsabilidad del deudor.

Finalmente, la consecuencia que se deriva de la aplicación de las normas invocadas es la nulidad de la cláusula penal, cuando esta sea diminuta y tenga por finalidad la limitación de la responsabilidad del deudor que incumple por dolo o culpa inexcusable. No obstante, ello no implica que el acreedor haya perdido su derecho a ser indemnizado; por el contrario, el órgano jurisdiccional deberá ordenar al incumplidor el pago de la indemnización de los daños efectivamente irrogados y por el monto de los perjuicios que el acreedor consiga demostrar. Una interpretación contraria de las normas analizadas podría convalidar la intención del deudor de limitar su responsabilidad mediante la fijación de una penalidad diminuta.

7. Función resolutoria

Hemos señalado que la cláusula penal cumple una primera función indemnizatoria limitativa de responsabilidad. Adicionalmente, la norma bajo análisis establece que además de limitar el resarcimiento, la penalidad tiene como efecto que el deudor devuelva la contraprestación abonada por el acreedor, si la hubiere.

Esta segunda consecuencia permitiría otorgar efectos resolutorios a la cláusula penal, en la medida en que la ejecución de la pena tendría efectos resolutorios del contrato.

La función resolutoria de la pena convencional es una de las funciones más cuestionables. El punto medular en este tema radica en determinar si al momento de hacerse efectiva, la cláusula penal importaría la resolución del contrato fuente de la obligación principal.

Según esta tesis, la función resolutoria tiene por finalidad sustituir la prestación principal incumplida. Ello determina que si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, ya no podría subsistir la obligación principal; es decir, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal por encontrarse extinguida (FERREIRO, pp. 105-108; LACRUZ BERDEJO, pp. 268 y 269).

Tal temperamento configuraría un caso semejante a la resolución contractual, puesto que la finalidad de la pena obligacional sería dejar sin efecto un contrato por la existencia de un vicio sobreviniente al tiempo de su celebración.

No obstante la lógica de este razonamiento, es preciso advertir que aun cuando la situación generada por la ejecución de la penalidad podría describirse como un acto de efectos similares a los de la resolución, no siempre tendrá ese carácter, pues en ocasiones el incumplimiento de una obligación no siempre vendrá acompañado de la decisión del acreedor de resolver; piénsese por ejemplo en un supuesto de penalidad moratoria, supuesto en el que se penaliza el incumplimiento de la oportunidad del pago, situación en la cual el deudor, además de la penalidad por mora, deberá cumplir la obligación nacida en el contrato.

Estas consideraciones nos permiten establecer que la restitución de la prestación que deberá hacer el deudor a favor del acreedor, como efecto de la ejecución de la penalidad, no necesariamente importa otorgar efectos resolutorios a la pena. Se trata más bien de una consecuencia lógica, puesto que resultaría lesivo que el deudor que ha incumplido conserve la contraprestación abonada por su acreedor. Por lo demás, Kemelmajer de Carlucci (p. 96) anota

que "si bien la cláusula penal (...) funciona 'en conexión' con la resolución del contrato, no es ella la que produce la resolución, sino que esta se produce por el incumplimiento. Es decir, la causa que motiva la resolución no es la existencia de la cláusula penal, sino el hecho de que el deudor incumple permitiendo al acreedor el ejercicio de la acción resolutoria".

8. Función liberatoria

Por último, también se postula como función de la cláusula penal su capacidad liberatoria, al indicarse que esta podría cumplir el papel de una especie de pena de arrepentimiento, por cuanto el deudor podría, a su libre arbitrio, librarse de la obligación principal pagando la pena convenida, es decir que el deudor tendría el derecho de elegir entre cumplir la prestación principal o pagar el dinero de arrepentimiento.

Esta función podría tener alguna virtualidad en las obligaciones con prestaciones *intuito personae,* por cuanto ante la negativa del deudor de ejecutar la prestación principal, el acreedor tendrá que conformarse con el cobro de la pena. No obstante, tal consecuencia debe desestimarse en otro tipo de obligaciones en las que el acreedor, dentro de los medios que le otorga la ley, pueda procurarse la ejecución de la prestación por un tercero a costa del deudor, en cuyo caso la prestación principal sería cumplida aun contra la voluntad del deudor. Lo propio ocurriría en el supuesto que el acreedor solicite la ejecución forzada de la prestación y ello fuera posible.

En todo caso, la llamada pena convencional liberatoria constituye en realidad un supuesto de obligación facultativa donde el deudor se libera con la realización de una prestación diversa.

9. El resarcimiento del daño ulterior

El artículo bajo análisis concluye señalando que en caso se haya pactado la indemnización del daño ulterior, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, la cual se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

El daño ulterior está referido a aquellos perjuicios que hubiere sufrido el acreedor por encima del monto pactado como penalidad. En la doctrina nacional se afirma que "la limitación del resarcimiento es un efecto natural de la cláusula penal, que es derogable por una diversa voluntad de las partes, que se manifiesta expresamente en la cláusula de resarcibilidad del daño ulterior" (ESPINOZA ESPINOZA, p. 222). Entonces, atendiendo al carácter limitativo de responsabilidad de la cláusula penal, la norma busca proteger al acreedor, cuya obligación se ha incumplido, asegurando la integridad del pago de los daños siempre que se hubiese previsto el resarcimiento del daño ulterior, en la medida que demuestre la verificación de los daños sufridos en exceso respecto del monto consignado como pena.

De acuerdo a lo señalado, no cabe duda de que el pacto de resarcibilidad del daño ulterior tiende a eliminar la situación de desventaja en que podría encontrarse el acreedor si el daño resultase ser superior al valor de la pena. Se trata en buena cuenta de una tutela que las partes de manera privada asignan a sus intereses.

En nuestro ordenamiento esta tutela solo puede ser obtenida mediante pacto privado que estipule la indemnización del daño ulterior y en la medida en que el acreedor consiga probar su verificación.

El problema principal en torno al daño ulterior estriba en que el acreedor deberá demostrar que el daño que pretende incluir dentro de este concepto no ha sido cubierto por la penalidad;

caso contrario nos encontraríamos ante un daño no resarcible, por haber sido indemnizado por el monto pactado como pena obligacional, la misma que al tener carácter limitativo se entiende pactada por todo concepto.

Es por ello que, en la práctica, el deudor se encontrará obligado a probar el íntegro de los daños sufridos, inclusive aquellos cubiertos por la penalidad, de modo que una vez demostrado que la cuantía del agravio derivado del incumplimiento es superior a la pena, se pueda detraer el valor de esta última, y el remanente será lo que el deudor tenga que pagar por concepto de daño ulterior. No obstante, adviértase que de este modo se incurre, precisamente, en aquello que las partes pretenden evitar mediante el pacto de una penalidad, esto es, la probanza del daño.

La doctrina italiana (MARINI, citado por DE LUCA, p. 105) ha pretendido solucionar este problema sosteniendo que la obligación resarcitoria que indemniza el daño ulterior es autónoma y concurrente con la penalidad. En consecuencia, el resarcimiento que consigue el acreedor por concepto de daño ulterior se añade a la prestación convenida como penalidad, permitiéndose de este modo el resarcimiento integral del daño. Estas aseveraciones son concordantes con el artículo 1382 del Código Civil italiano de 1942 el cual –sin ningún agregado final– establece que la cláusula penal tiene por efecto limitar el resarcimiento a la prestación convenida, a menos que se haya pactado el daño ulterior.

Esta posición no ha sido recogida por nuestro Código. Ello obedece a que el propio texto del artículo 1341 impide considerar a la penalidad y al daño ulterior como conceptos autónomos, en cuanto establece que la penalidad se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores. En tal virtud, más que considerarlas como prestaciones autónomas y concurrentes para indemnizar el daño, nuestro Código ha previsto que el acreedor deberá probar el íntegro del daño sufrido, consignándose que la penalidad deberá ser computada como parte de este daño hasta donde alcanzare su monto y que el exceso solo será exigible cuando se hubiere pactado el daño ulterior.

En efecto, el artículo 1343 del Código establece que para exigir la penalidad no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, para poder reclamar el resarcimiento del daño ulterior, el acreedor deberá demostrar que el agravio sufrido es superior a la penalidad, a cuyo efecto será preciso probar el íntegro del daño sufrido, lo cual no puede prescindir de la probanza de aquellos daños destinados a ser indemnizados mediante la cláusula penal.

Este temperamento trae por tierra la principal diferencia –y beneficio– entre el monto que se paga por concepto de penalidad y aquel que se paga por el daño ulterior, según lo cual solo el segundo de ellos requería ser probado. Ello obedece a que, conforme hemos señalado, en la práctica, el acreedor también está obligado a demostrar la existencia de los perjuicios que serán indemnizados por la penalidad a efectos de acreditar su monto. En tal supuesto, el pacto de una penalidad carecería de sentido.

Sin embargo, adviértase que el pacto del daño ulterior sí permite al acreedor optar de manera indistinta entre la indemnización de los daños por la vía ordinaria o la ejecución de la penalidad y la probanza del daño adicional. Esta posibilidad se encuentra proscrita en los supuestos que no contengan este pacto, habida cuenta que la pena obligacional tiene como efecto limitar la responsabilidad del deudor, esto es, que los daños por encima del monto de la penalidad no podrán ser reclamados.

Para terminar, cabe precisar que el pago del "íntegro" de la penalidad a que se refiere esta parte no debe implicar que cuando se hubiese pactado el resarcimiento del daño ulterior, el deudor queda obligado a pagar la totalidad de la pena, sin más. En efecto, de acuerdo al sistema de mutabilidad relativa que asume nuestro Código, el deudor siempre estará facultado a solicitar al juez la reducción del monto de la pena. Este derecho ha sido expresamente recogido por el artículo 1346 de nuestro Código.

La redacción de esta parte de la norma obedece a la concepción del legislador de que la cláusula penal "siempre se debe íntegramente". De acuerdo a este criterio, si se ha estipulado la reparación del daño ulterior, y se demuestra que este supera el valor de la penalidad, el deudor estará obligado al pago del íntegro de la pena y, adicionalmente, al resarcimiento de la diferencia por los daños y perjuicios (OSTERLING, *Las obligaciones,* p. 225).

Sin embargo, no sería correcto sostener que por el solo hecho de haber pactado la indemnización del daño ulterior, el deudor pierde su derecho a solicitar la reducción judicial y debe pagar el íntegro de la pena. Solo una vez que el juez haya denegado la reducción de la penalidad, en caso se hubiere solicitado, es que el deudor deberá pagar la totalidad de su monto.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bosch, Barcelona, 1993; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, "El daño en las obligaciones dinerarias". En: Código Civil, estudios y propuestas. Asociación Civil ADV Editores, Revista Advocatus, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2015; BUSSO, Eduardo B. Obligaciones. Tomo IV. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1951; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la Responsabilidad Civil. Sexta edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual. En: Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo). Tomo I. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La regla del favor debitoris y la reforma del Libro VI del Código Civil. En: Reforma del Código Civil peruano. Gaceta Jurídica, Lima, 1988; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español, común y foral. V. IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. Reus, Madrid, 1977; CORRAL TALCIANI, Hernán. La reducción de la cláusula penal excesiva en el Derecho Civil de los países del Cono Sur. En: Contratación privada. Jurista Editores, Lima, 2002; DE LUCA, Massimiliano. La clausola penale. Collana Il Diritto Privatto Oggi (Serie a cura di Paolo Cendon). Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1998; DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944; DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Cuarta edición. Tomo I. Tecnos, Madrid, 1993; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Volumen I. Tomo II. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950; ESPÍN ALBA, Isabel. La cláusula penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La cláusula penal". En: Themis, Revista de Derecho, N° 66. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria. Ara Editores, Lima, 2017; FERREIRO, Estela. Incumplimiento obligacional ("astreintes" y cláusula penal). La Rocca, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La cláusula penal: su régimen jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "La cláusula penal y la resolución de los contratos". En: "Revista Idearium. N° 4/5. Mendoza, 1979; LACRUZ BERDEJO, José Luis. Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. José María Bosch Editor, Barcelona, 1980; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones. Volumen I. Buenos Aires, 1947; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones modalidades y efectos. Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1956; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Vol. 1. WG Editor, Lima, 1992; LOBATO DE BLAS, Jesús María. La cláusula penal en el Derecho español. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona; MARINI, Annibale. La clausola penale. Collana Bibilioteca di Diritto Privato. Jovene Editore, Napoli, 1984; MARTÍNEZ COCO, Elvira. La cláusula penal y la capitalización de intereses. En: Ensayos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial San Marcos,

Lima, 1997; MAZZARESE, Silvio. Clausola penale. Collana Il Codice Civile. Comentario. Diretto da Francesco D. Busnelli. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1999; OSTERLING PARODI, Felipe. La inmutabilidad de la cláusula penal. En: Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 22, N° 24 (ene-dic 1965); OSTERLING PARODI, Felipe. Obligaciones con cláusula penal. En: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Cultural Cuzco, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomos X a XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. Temis, Bogotá, 1982; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. ¿Mutabilidad o inmutabilidad? La desnaturalización de la cláusula penal en el Código Civil. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales Editora. Año LIII, Número 42 (enero de 2003); SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952; SÁNZ VIOLA, Ana María. La cláusula penal en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1994; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "Inmutabilidad de las penas convencionales en el Derecho peruano". En: InDret. 4/2005; STIGLITZ, J. El malestar en la globalización. Taurus, Buenos Aires, 2002; TALAVERA CANO, Andrés. "Regulando la intolerancia ante los incumplimientos contractuales". En: Ius et Veritas. N° 52. Lima, 2016.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Noción de cláusula penal

La cláusula penal o pena convencional es el acuerdo que determina anticipadamente el resarcimiento del daño en caso de mora o de incumplimiento de la relación obligatoria, independientemente de los daños realmente sufridos por el acreedor ***(Cas. N° 1381-2008-La Libertad).***

La resolución del contrato no afecta la cláusula penal pactada entre las partes

Si bien el contrato de compraventa ha sido objeto de resolución por voluntad de la compradora, conforme ha quedado establecido en autos, ello no impide que las partes habiendo pactado expresamente los términos de una cláusula penal -figura regulada en el artículo 1341 del Código Civil- procedan a cumplir con los términos de la misma a tenor de la naturaleza vinculante de los contratos ***(Cas. N° 2658-2006-Lima).***

Finalidad de la cláusula penal

La cláusula penal determina una sanción para la parte que no cumple con lo establecido en el contrato, con el fin de resarcir el daño que se pudiera causar; operando en los casos de incumplimiento total o parcial de la obligación siempre por causa imputable al deudor, y ya que, en el contrato de mutuo hipotecario se pactó una cláusula penal en caso de incumplimiento, la parte demandada no ha pagado en su totalidad la suma dada en mutuo, debe pagar la penalidad pactada, pero en un monto prudencialmente reducido ***(Cas. N° 1753-1997-Lima).***

Pena acumulativa

Artículo 1342.- *Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.*

Concordancias:
C.C. art. 1333; C. de C. art. 56

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO / ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

1. Introducción

Comenzamos el análisis de esta norma señalando que, en principio, la penalidad a que se refiere el artículo 1342, ya sea para el caso de mora o en seguridad de un pacto, opera solo en el supuesto de inejecución temporal, esto es, cuando el cumplimiento de la obligación todavía es posible y todavía es útil para el acreedor. Se trata de una garantía que solo es posible en aquellas obligaciones donde la oportunidad del cumplimiento es importante pero no es un elemento esencial de la misma. En caso de incumplimiento temporal el acreedor podrá exigir la penalidad y el cumplimiento de la obligación de manera conjunta. De este modo, la tipología de penalidad tratada no resulta aplicable para los casos de incumplimiento definitivo o cuando el acreedor hubiese perdido interés en el cumplimiento, dado que en tales supuestos la prestación principal ya no resultaría exigible y la penalidad pactada tendría naturaleza indemnizatoria (para reparar los agravios derivados del incumplimiento), debiendo regirse por las reglas del artículo 1341 del Código Civil. Como refiere Talavera Cano (p. 198), "las penalidades moratorias son el sustituto de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso en el cumplimiento de la prestación. La existencia de este tipo de penalidades, a diferencia de las compensatorias, evidencia que el acreedor aún tiene interés en la ejecución del contrato. Ello se debe a que (...) este tipo de cláusulas resarce la demora en la ejecución de las obligaciones y no el incumplimiento definitivo de una obligación".

No obstante, como veremos luego, esta no es una afirmación absoluta, por cuanto existen supuestos que escapan a la regla enunciada.

Veamos a continuación algunas de las funciones que cumple la cláusula penal, en particular las funciones acumulativa y de seguridad a que se refiere el artículo 1342.

2. Función compulsiva

Hemos dicho que la cláusula penal cumple una incuestionable función compulsiva, que por lo demás queda patentada por los diversos artículos referidos a este instituto.

Dicha compulsividad radica en agregar un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir con la prestación principal para eludir el efecto gravoso de la pena. En realidad, el estímulo que impulsa al cumplimiento es un dato objetivo: la cuantía de la pena que deberá pagar en caso de incumplimiento.

La doctrina extranjera (LOBATO DE BLAS, p. 32; DE RUGGIERO, p. 152; CASTÁN TOBEÑAS, p. 128; DÍEZ-PICAZO, p. 572; SÁNZ VIOLA, p. 24) considera que la cláusula penal tiene conceptualmente siempre el mismo fin y una sola función: "reforzar el vínculo ofreciendo al acreedor un medio más intensamente eficaz que la acción derivada del crédito simple; la mayor intensidad de la eficacia de este medio consiste en la amenaza hecha

al deudor de agravar su responsabilidad ordinaria si no cumple exacta y puntualmente su obligación". Señala este sector que con el término "garantía", atribuido a la penalidad, lo que se pretende adicionar es la mayor probabilidad de conducir a feliz término la relación obligatoria, es decir de lograr la satisfacción del interés del acreedor a través del cumplimiento regular del deudor.

En la doctrina nacional, León Barandiarán (p. 195), apoyándose en Endemann expresa: "La pena convencional es una prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor, para el caso de incumplimiento de su obligación o para el caso de cumplimiento no regular. Su fin consiste tanto en ofrecer al acreedor un medio conminativo severo contra el deudor, especialmente para disuadirle de adoptar un proceder contrario a lo prometido, cuanto también consiste en descargar al acreedor de la estimación de su petición por razón de los perjuicios. La prestación prometida es pena, en cuanto de antemano importa un interés ya estimado".

3. Función punitiva

De otro lado, cierto sector de la doctrina (DÍEZ-PICAZO, p. 160; ALBALADEJO, pp. 249 y 250) considera que la cláusula penal cumple una función punitiva. De este modo, se entiende a esta institución como la sanción (consistente generalmente en cumplir la prestación de entregar una suma de dinero, pero que puede consistir en cualquier otra prestación) que ha de sufrir el deudor en caso que no cumpla debidamente su obligación.

Se trata de una función excepcional, y que solo operará cuando así se haya convenido, de ahí que esta función se encuentre en estrecha relación con la facultad que tienen los contratantes de pactar penas privadas para los supuestos de incumplimiento. De este modo, los particulares generan un mecanismo que fortalece el vínculo obligacional, en cuyo caso, la penalidad no se abonará a título de daños y perjuicios, sino como una sanción –privada y voluntariamente asumida– por el incumplimiento.

4. Función de pena acumulativa

Pero la cláusula penal también puede cumplir la función de pena acumulativa, que es a la que se refiere el artículo bajo comentario. Dicha función consiste en que el ordenamiento permite la agravación de responsabilidad, y que las partes pacten de manera expresa que el acreedor podrá pedir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena.

Se trata de una función excepcional, y que solo operará cuando así se haya convenido, de ahí que esta función se encuentre vedada para el caso de las penalidades compensatorias, que conforme hemos señalado, se pactan para el supuesto de incumplimiento definitivo. Tal prohibición ha sido expresamente consagrada por el artículo 1383 del Código Civil italiano de 1942, el cual establece que "el acreedor no puede demandar conjuntamente la prestación principal y la penalidad, a menos que esta haya sido estipulada para el simple retardo".

En el caso de la inejecución temporal, en cambio, es posible estipular penalidades para indemnizar la mora o el simple retardo. Dichas penalidades podrán ser exigidas conjuntamente con la obligación principal, conforme ha sido previsto en la norma bajo análisis.

5. Función moratoria

Esta función aparece cuando la cláusula penal ha sido convenida con el expreso propósito de reparar el daño proveniente de la mora del deudor. En este caso, la cláusula penal constituye una liquidación anticipada del daño por el retraso. Dicha pretensión será compatible con

el pago de la obligación principal, pudiendo exigirse de manera acumulativa, lo cual ocurre cuando la pena convencional sustituye mediante pacto a la indemnización por mora. Sobre el particular, Barchi Velaochaga (pp. 374-375) apunta que "la 'tasa de interés moratorio fijada convencionalmente' es la tasa que determina, anticipadamente, los daños por la mora en el pago de una obligación dineraria y la 'cláusula penal moratoria' supone una determinación anticipada de los daños por la mora del deudor. En tal sentido, somos de la opinión de que ambas cumplen la misma función: la determinación anticipada de los daños en caso de mora".

6. Penalidades usurarias y anatocistas

Conviene detenernos ahora en las penalidades usurarias y anatocistas. Como se sabe, los intereses son la compensación por el uso del dinero; cuando son moratorios constituyen una indemnización por el incumplimiento temporal. Sin embargo, la ley establece un límite al cobro de intereses, en efecto, el artículo 1243 señala que los intereses convencionales, ya sean moratorios o compensatorios, no deben exceder las tasas máximas fijadas por el Banco Central de Reserva del Perú.

Ahora bien, cuando la cláusula penal cumple una función moratoria, es decir, cuando cumple la función de liquidar los daños que pudiera irrogar el deudor como consecuencia de su demora en el pago, en las obligaciones de dar sumas de dinero en la que los daños están representados por el pago de intereses, en la práctica podría generarse la situación de establecer penalidades para indemnizar la demora en el pago cuyo monto sea superior a la tasa máxima de intereses permitida por ley. De este modo, se estaría encubriendo bajo la forma de penalidad lo que en verdad constituye un interés usurario.

En este punto conviene recordar que el artículo 1249 establece la prohibición de pactar la capitalización de intereses al momento de contraer la obligación. No obstante, al igual que en el caso de la tasa máxima de interés convencional, en más de una oportunidad se ha tratado de encubrir este pacto bajo la forma de penalidad. En tal supuesto, mediante una cláusula penal se estaría permitiendo la capitalización originaria de intereses prohibida por ley.

La situación descrita sería un claro fraude de la ley, pues el propósito de las normas citadas es limitar la capitalización de intereses, permitiéndolo solo en determinadas actividades o cuando se cumplen específicos requisitos. Con las penalidades usurarias se estaría burlando el declarado fin de la norma. Por tanto, una cláusula penal anatocista sería nula.

Lo propio ocurre respecto del pacto de intereses usurarios vía penalidad. En este supuesto, "mediante la cláusula penal no se realiza compensación propia, perfecta e inmediata entre la prestación debida al acreedor y la contraprestación usuraria; por el contrario, se trata de una compensación impropia, indirecta y mediata instrumentalizando la función sancionatoria que produce la penalidad por el retardo o falta de cumplimiento de la prestación principal" (MAZZARESE, p. 397).

En ambos casos, al realizar de manera indirecta lo que la ley prohíbe que se haga de manera directa, se incurre en fraude a la ley. El fraude a la ley ha sido definido por el artículo 6, inciso 4, del Código Civil español, el cual establece que "los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir".

Comentando esta norma, Díez-Picazo (*El abuso* ..., p. 9) señala que "el fraude a la ley supone la realización de un resultado contrario al Derecho: la evitación por el sujeto de derecho

de una regla de conducta imperativa, a la cual tenía la obligación de obedecer y atender". Se trata de actos que si bien han sido realizados al amparo del texto de una norma, persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él. En este supuesto, el ordenamiento debe orientarse a evitar que dichos actos impidan la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir.

En el caso que nos ocupa, las penalidades usurarias –tanto para el caso de intereses por encima del límite legal como para el caso del pacto de anatocismo– configuran un fraude a la ley, habida cuenta que se valen de una figura lícita (el pacto de una pena obligacional) para conseguir resultados contrarios al Derecho.

En el ordenamiento nacional, la doctrina del fraude a la ley encuentra sustento en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil el cual establece que "es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres". Esta misma consecuencia es prevista en el artículo 219, inciso 4, del citado Código que sanciona con nulidad el acto jurídico con fin ilícito. Por tanto, queda suficientemente claro que las penalidades que esconden intereses usurarios o pactos de anatocismo adolecen de nulidad.

Con relación a este punto Barchi Velaochaga (p. 395) sostiene que, en caso se pacte (lo que puede ocurrir a través de una cláusula penal) una tasa de interés que sobrepase el límite fijado por el BCRP, procede aplicar el segundo párrafo del artículo 1243 del Código Civil, por ello manifiesta que: "El segundo párrafo del artículo 1243 del Código Civil regula el supuesto en el cual, no obstante la prohibición estipulada en el primer párrafo de dicho artículo, las partes (siendo conscientes de ella o no) convengan una tasa superior a la tasa máxima fijada por el Banco Central de Reserva del Perú y que, en virtud de ello el deudor pague los intereses acordados. En tal sentido, el exceso que pudiera haberse pagado será una atribución patrimonial sin causa y la consecuencia de cualquier atribución patrimonial sin causa será la devolución".

7. La pena obligacional estipulada en seguridad de un pacto

La norma bajo análisis admite un segundo supuesto de penalidades acumulativas relativo a las cláusulas penales pactadas en seguridad de un pacto.

Tal regla permite que las partes –de manera privada y en ejercicio de su autonomía– den relevancia a un interés no protegido ni prohibido por el Derecho, pero que ellos desean tutelar.

Según refiere Albaladejo (p. 185), "la cláusula penal desempeña una función coercitiva o de garantía respecto al cumplimiento de la obligación principal (en cuanto que, ante la amenaza de la pena, el deudor está más constreñido a este que en la obligación ordinaria), y una función punitiva en caso que se incumpla o no se cumpla exactamente. Cuando desempeña estas funciones la pena es exigible además de la indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento produzca, es decir, es un plus sobre esta, pues solo siendo así se consigue respecto al caso de una obligación normal un reforzamiento para el cumplimiento y un castigo especial en defecto de este".

De lo expuesto fluye que este tipo de penalidades no encuentra sustento en la función compensatoria inherente a la cláusula penal. En este supuesto, la pena obligacional no se orienta a indemnizar ningún daño, sino que se aplica como sanción privada –voluntariamente asumida por las partes– para el caso de retardo en el cumplimiento. No obstante, adviértase que este tipo de penalidad cumplen una función semejante a la de las penas pactadas para el caso de mora, por cuanto ambas resarcen el retardo en el cumplimiento de la obligación.

Solo de este modo puede entenderse este tipo de penalidad, habida cuenta que no resulta posible pactar penalidades en seguridad de un pacto para el caso de incumplimiento definitivo, por cuanto, si bien se podría demandar el pago de la penalidad, el cumplimiento de la obligación ya no sería exigible, con lo cual se pierde el carácter acumulativo de la pena a que se refiere la norma bajo análisis.

Asimismo, de admitirse el pacto de este tipo de penalidades para el caso de incumplimiento definitivo, la naturaleza de las mismas sería más bien compensatoria de los daños derivados de la inejecución, debiendo regirse por el artículo 1341 del Código. En tal sentido, la jurisprudencia italiana (MAZZARESE, p. 586) ha señalado que la resolución del contrato constituye un presupuesto esencial para la exigibilidad de esta clase de pena obligacional. En efecto, cuando la penalidad no haya sido prevista para indemnizar el simple retardo, sino en seguridad de un pacto, debe ser aplicada solo para el incumplimiento que haya sido seguido de la resolución del contrato, lo cual también es coherente con el supuesto en que el acreedor aceptara la ejecución tardía de la prestación, en cuyo caso la previsión de la penalidad no perdería su naturaleza de liquidación del daño derivado del retardo en la ejecución.

Son evidentes los problemas de aplicación e interpretación que entraña la norma que se analiza, y la incongruencia sistemática que genera la introducción de esta figura en la norma bajo análisis. Es por ello que consideramos que, aun cuando las penalidades que aseguran un pacto permiten otorgar una tutela privada a los intereses de los contratantes, su regulación no es idónea, debiendo entenderse –provisionalmente– como una forma sui géneris de sancionar de manera privada el retardo en el cumplimiento.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bosch, Barcelona, 1993; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, "El daño en las obligaciones dinerarias". En: Código Civil, estudios y propuestas. Asociación Civil ADV Editores, Revista Advocatus, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2015; BUSSO, Eduardo B. Obligaciones. Tomo IV. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1951; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la Responsabilidad Civil. Sexta edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual. En: Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo). Tomo I. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La regla del favor debitoris y la reforma del Libro VI del Código Civil. En: Reforma del Código Civil peruano. Gaceta Jurídica, Lima, 1988; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español, común y foral. V. IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. Reus, Madrid, 1977; CORRAL TALCIANI, Hernán. La reducción de la cláusula penal excesiva en el Derecho Civil de los países del Cono Sur. En: Contratación privada. Jurista Editores, Lima, 2002; DE LUCA, Massimiliano. La clausola penale. Collana Il Diritto Privatto Oggi (Serie a cura di Paolo Cendon). Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1998; DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944; DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Cuarta edición. Tomo I. Tecnos, Madrid, 1993; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Volumen I. Tomo II. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950; ESPÍN ALBA, Isabel. La cláusula penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La cláusula penal". En: Themis, Revista de Derecho, N° 66. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria. Ara Editores, Lima, 2017; FERREIRO, Estela. Incumplimiento obligacional ("astreintes" y cláusula penal). La Rocca, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La cláusula penal: su régimen jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "La cláusula penal y la resolución de los contratos". En: "Revista Idearium. N° 4/5. Mendoza, 1979; LACRUZ BERDEJO, José Luis. Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. José María Bosch

Editor, Barcelona, 1980; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones. Volumen I. Buenos Aires, 1947; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones modalidades y efectos. Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1956; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Vol. 1. WG Editor, Lima, 1992; LOBATO DE BLAS, Jesús María. La cláusula penal en el Derecho español. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona; MARINI, Annibale. La clausola penale. Collana Bibilioteca di Diritto Privato. Jovene Editore, Napoli, 1984; MARTÍNEZ COCO, Elvira. La cláusula penal y la capitalización de intereses. En: Ensayos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial San Marcos, Lima, 1997; MAZZARESE, Silvio. Clausola penale. Collana Il Codice Civile. Comentario. Diretto da Francesco D. Busnelli. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1999; OSTERLING PARODI, Felipe. La inmutabilidad de la cláusula penal. En: Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 22, N° 24 (ene-dic 1965); OSTERLING PARODI, Felipe. Obligaciones con cláusula penal. En: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Cultural Cuzco, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomos X a XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. Temis, Bogotá, 1982; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. ¿Mutabilidad o inmutabilidad? La desnaturalización de la cláusula penal en el Código Civil. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales Editora. Año LIII, Número 42 (enero de 2003); SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952; SÁNZ VIOLA, Ana María. La cláusula penal en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1994; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "Inmutabilidad de las penas convencionales en el Derecho peruano". En: InDret. 4/2005; STIGLITZ, J. El malestar en la globalización. Taurus, Buenos Aires, 2002; TALAVERA CANO, Andrés. "Regulando la intolerancia ante los incumplimientos contractuales". En: Ius et Veritas. N° 52. Lima, 2016.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

La cláusula penal moratoria

{L}a cláusula penal puede ser estipulada para uno de los siguientes fines: a) para el caso del incumplimiento total de la obligación (pena compensatoria); b) para el caso de mora (pena moratoria) y c) para seguridad de alguna cláusula o estipulación concretamente señalada; de allí que la cláusula penal sea distinguible en: compensatoria y moratoria dependiendo si tiene por objeto compensar los daños y perjuicios derivados por el incumplimiento o compensar tan solo los originados por la mora. (...) Que, como puede advertirse del considerando segundo, estamos frente a una cláusula penal de tipo moratoria, desde que se ha estipulado para el supuesto de mora, que en el caso consiste en el retardo en la devolución del bien por parte del arrendatario una vez concluido el contrato, por lo que resulta pertinente en la solución del litigio el art. 1342 del Código Civil el cual no fue tomado en cuenta en la resolución de vista recurrida ***(Cas. N° 761-2003-Lima).***

Simplificación probatoria de los daños

Artículo 1343.- ***Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.***

Concordancias:
C.C. arts. 1317, 1321

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO / ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

La norma bajo comentario, cuyo antecedente se encuentra en el artículo 1224 del Código Civil de 1936, recoge la función de simplificación probatoria de daños inherente a toda cláusula penal. Esta función presenta las siguientes particularidades:

1. Función de simplificación probatoria de los daños

Adicionalmente a las funciones enunciadas en nuestros comentarios a los artículos 1341 y 1342, la cláusula penal presenta un pacto relativo a la carga de la prueba del daño. En virtud de este pacto, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin necesidad de probar la existencia del daño, ni su cuantía. Como se sostiene en la doctrina nacional: "de este mandato (artículo 1343) se interpreta que la prueba del daño, 'aun cuando los daños que se produzcan en concreto sean en mayor o menor medida de aquellos cuantificados en la cláusula, o incluso, aunque no se produzca daño alguno'" (ESPINOZA ESPINOZA, 222).

Esta norma constituye una excepción al artículo 1331 del Código, el cual establece que "la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Esta función encuentra sustento en que al haberse efectuado una valuación convencional –y anticipada– de los eventuales daños y perjuicios que podría ocasionar el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento irregular, tal convención tiene por efecto suprimir el debate judicial o arbitral acerca de la existencia y cuantía del agravio.

Como se puede apreciar, la utilidad de esta función es innegable, habida cuenta que la probanza de la existencia de los daños y de su cuantía constituye uno de los aspectos más complejos en la indemnización por daños. Ello se pone de manifiesto, sobre todo, en los supuestos de agravios extrapatrimoniales donde la penalidad acude en ayuda del juez frente a la complejidad que representa acreditar la verificación de este tipo de daños y, más aún, determinar su cuantía.

Sin perjuicio de lo expuesto, Kemelmajer (p. 13) sostiene que la función de simplificación probatoria no puede admitirse sin reservas en aquellos ordenamientos en los cuales el deudor no se libera acreditando que el daño no se ha producido, como en el Derecho argentino y el peruano.

Ello se debe a que la norma bajo comentario señala que la cláusula penal solo podrá exigirse cuando el incumplimiento se deba a causa imputable al deudor, es decir, cuando el deudor haya incumplido totalmente con su obligación o la haya cumplido irregularmente por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, salvo que mediara pacto en contrario. De ahí que, en principio, no se exija probar los daños y perjuicios sufridos.

En efecto, esta ausencia de probanza se refiere solo a la existencia del daño y de su cuantía, mas no al requisito según el cual la penalidad solo podrá exigirse cuando el incumplimiento se

deba a causa imputable al deudor. Para este supuesto se aplica el principio general contenido en los artículos 1329 y 1330 del Código; el primero referido a la presunción de la culpa leve, mientras que el segundo establece la obligación del perjudicado de probar que el incumplimiento obedece a dolo o culpa inexcusable. En este último supuesto, si bien el pacto de una penalidad libera al acreedor perjudicado de probar la existencia del daño y su cuantía, ello no lo dispensa de demostrar que los daños invocados resultan imputables al deudor. Es por ello que, como correctamente señala la autora citada, nos encontramos ante un principio relativo.

2. Desnaturalización de la función simplificadora. Necesidad de probar los daños

En adición a lo expuesto, es menester señalar que la función de simplificación probatoria de la cláusula penal se encuentra seriamente cuestionada en nuestro ordenamiento. En efecto, la falta de sistemática de sus normas, aunada al sistema de mutabilidad relativa (véanse nuestros comentarios al artículo 1346 en esta misma obra) adoptado por nuestro Código para la modificación del monto de la penalidad, determinan que se presenten supuestos cada vez más frecuentes en que los beneficios de la norma bajo análisis resulten peligrosamente diluidos.

Los supuestos en que opera la desnaturalización de esta función son los siguientes:

2.1. Posibilidad de reducción

Nuestro Código Civil se ha acogido al sistema de mutabilidad relativa respecto a la posibilidad de reducir el monto de la penalidad. En efecto, el artículo 1346 otorga al juez la facultad de reducir la penalidad manifiestamente excesiva cuando ello hubiera sido solicitado por el deudor.

Este temperamento determina que para demostrar que la penalidad es excesiva y que, por ende, debe proceder su reducción, el deudor deberá probar que los daños y perjuicios derivados del incumplimiento se encuentran muy por debajo del monto pactado como pena. Sin embargo, adviértase que en este momento se incurre –precisamente– en aquello que se quiso evitar mediante el pacto de la penalidad, esto es, la discusión sobre el monto de los daños derivados de la inejecución.

Cabe señalar que este problema no es solucionado atribuyendo a quien solicite la modificación de la penalidad la carga de probar que los daños infringidos son en verdad menores. En efecto, en los supuestos en que se solicite la reducción del monto de la pena, el deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de la inejecución son menores a la suma pactada. Sin embargo, un acreedor diligente, consciente de la posibilidad de que se reduzca el monto de la penalidad, buscará ingresar al terreno probatorio, aun cuando esta carga le corresponda al deudor, a efectos de demostrar que los daños sufridos coinciden con la suma fijada como penalidad y evitar que sea reducida.

Como se puede advertir, la necesidad de probanza de los daños es inevitable para ambas partes. La desnaturalización de la cláusula penal es manifiesta

2.2. El pacto del daño ulterior

En adición a lo expuesto, la función de simplificación probatoria sufre una segunda fractura en el supuesto que el acreedor demande el pago del daño ulterior que se hubiere pactado.

Según hemos referido en nuestros comentarios al artículo 1341 de esta misma obra, el acreedor no solo deberá probar los daños sufridos por encima de la penalidad, sino que se

encontrará obligado a acreditar el íntegro de los agravios derivados de la inejecución, inclusive aquellos cubiertos por la penalidad. Ello obedece a que solo una vez demostrado que la entidad del agravio derivado del incumplimiento es superior a la penalidad, será posible detraer el valor de esta última; el remanente será lo que el deudor tendrá que pagar por concepto de daño ulterior. Adviértase que de este modo se incurre una vez más en aquello que las partes quisieron evitar mediante el pacto de una penalidad, esto es, la probanza del daño.

En efecto, aun cuando la norma bajo comentario disponga que para exigir la pena obligacional el acreedor no tiene que acreditar los daños sufridos, para poder reclamar el resarcimiento del daño ulterior, el acreedor deberá demostrar que el agravio es superior a la penalidad, a cuyo efecto será indispensable probar el íntegro del daño sufrido, lo cual incluye la probanza de aquellos daños indemnizados mediante la cláusula penal.

Por lo expuesto, queda claro que la función de simplificación probatoria a que se refiere la norma bajo análisis se verifica siempre que el deudor no solicite la reducción de la penalidad o que el acreedor no reclame el pago del daño ulterior, caso contrario, la probanza de los daños –y la consecuente desnaturalización de la referida función– será irremediable

3. Posibilidad de pactar en contra

El artículo bajo comentario concluye señalando que las partes pueden pactar en contra de la exigencia de que, para que opere la penalidad, el incumplimiento deberá ser imputable al deudor. Esta posibilidad tiene como contexto que, en principio, para que se active la penalidad se requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor. Por tanto, si la inejecución obedeciera a caso fortuito o fuerza mayor, o a un supuesto de ausencia de culpa, la penalidad no sería exigible.

El pacto a que se refiere esta parte de la norma permite la estipulación de cláusulas penales objetivas. En este supuesto, la cláusula penal sería exigible, inclusive, cuando mediara caso fortuito, fuerza mayor, o cuando el deudor no fuera culpable, según los supuestos a que se refiera la penalidad pactada por las partes.

Lo expuesto resulta concordante con la doctrina general de la responsabilidad civil; no obstante, existe un sector de la doctrina que considera que este tipo de pacto desnaturaliza la pena, la cual se habría convertido en un pacto de garantía. Según esta posición, "la pena es más bien un simple aseguramiento de la posición del acreedor, que así como normalmente vería extinguirse la obligación principal cuando el deudor, sin su culpa, no pudiese cumplir, por el contrario, mediante la pena ve sustituida por esta la obligación que el otro no cumplió" (ALBALADEJO, p. 184).

En nuestra opinión, la alegada desnaturalización de las penalidades objetivas debe ser desestimada. Ello obedece a que la norma bajo análisis autoriza de manera expresa su estipulación. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que solo mediante un pacto de esta naturaleza la función de simplificación probatoria se cumple a plenitud, habida cuenta que el acreedor, además de no tener que acreditar la existencia del daño ni su cuantía, tampoco tendrá que demostrar que los perjuicios reclamados son imputables al deudor.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bosch, Barcelona, 1993; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, "El daño en las obligaciones dinerarias". En: Código Civil, estudios y propuestas. Asociación Civil ADV Editores, Revista Advocatus,

Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2015; BUSSO, Eduardo B. Obligaciones. Tomo IV. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1951; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la Responsabilidad Civil. Sexta edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual. En: Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo). Tomo I. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La regla del favor debitoris y la reforma del Libro VI del Código Civil. En: Reforma del Código Civil peruano. Gaceta Jurídica, Lima, 1988; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español, común y foral. V. IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. Reus, Madrid, 1977; CORRAL TALCIANI, Hernán. La reducción de la cláusula penal excesiva en el Derecho Civil de los países del Cono Sur. En: Contratación privada. Jurista Editores, Lima, 2002; DE LUCA, Massimiliano. La clausola penale. Collana II Diritto Privatto Oggi (Serie a cura di Paolo Cendon). Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1998; DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944; DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Cuarta edición. Tomo I. Tecnos, Madrid, 1993; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Volumen I. Tomo II. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950; ESPÍN ALBA, Isabel. La cláusula penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La cláusula penal". En: Themis, Revista de Derecho, N° 66. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria. Ara Editores, Lima, 2017; FERREIRO, Estela. Incumplimiento obligacional ("astreintes" y cláusula penal). La Rocca, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La cláusula penal: su régimen jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "La cláusula penal y la resolución de los contratos". En: "Revista Idearium. N° 4/5. Mendoza, 1979; LACRUZ BERDEJO, José Luis. Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. José María Bosch Editor, Barcelona, 1980; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones. Volumen I. Buenos Aires, 1947; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones modalidades y efectos. Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1956; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Vol. 1. WG Editor, Lima, 1992; LOBATO DE BLAS, Jesús María. La cláusula penal en el Derecho español. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona; MARINI, Annibale. La clausola penale. Collana Bibilioteca di Diritto Privato. Jovene Editore, Napoli, 1984; MARTÍNEZ COCO, Elvira. La cláusula penal y la capitalización de intereses. En: Ensayos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial San Marcos, Lima, 1997; MAZZARESE, Silvio. Clausola penale. Collana II Codice Civile. Comentario. Diretto da Francesco D. Busnelli. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1999; OSTERLING PARODI, Felipe. La inmutabilidad de la cláusula penal. En: Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 22, N° 24 (ene-dic 1965); OSTERLING PARODI, Felipe. Obligaciones con cláusula penal. En: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Cultural Cuzco, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomos X a XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. Temis, Bogotá, 1982; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. ¿Mutabilidad o inmutabilidad? La desnaturalización de la cláusula penal en el Código Civil. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales Editora. Año LIII, Número 42 (enero de 2003); SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952; SÁNZ VIOLA, Ana María. La cláusula penal en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1994; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "Inmutabilidad de las penas convencionales en el Derecho peruano". En: InDret. 4/2005; STIGLITZ, J. El malestar en la globalización. Taurus, Buenos Aires, 2002; TALAVERA CANO, Andrés. "Regulando la intolerancia ante los incumplimientos contractuales". En: Ius et Veritas. N° 52. Lima, 2016.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Basta el mero incumplimiento imputable al deudor para que proceda el pago de las penalidades

Frente al incumplimiento de una de las partes de las prestaciones asumidas en un contrato, esta se encuentra en la obligación de asumir consecuencias de dicho incumplimiento además de pagar la penalidad que se hubiere pactado (...) en ese sentido, si en el ejercicio de su derecho el acreedor interpone contra el deudor demanda de obligación de dar suma de dinero respecto del monto que debe pagarse por concepto de penalidad, la prestación ejercida se encuentra perfectamente arreglada a derecho, puesto que existe obligación del deudor de pagar dicha penalidad ***(Cas. N° 3530-2006-Piura).***

Oportunidad de estipulación de la cláusula penal

Artículo 1344.- *La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior.*

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO / ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

La regla que establece la norma bajo comentario es simple: la pena obligacional puede estipularse simultáneamente con el contrato que da lugar al nacimiento de la obligación principal o con posterioridad al nacimiento de dicha obligación. En efecto, es evidente –más aún cuando la norma lo dice de manera expresa– que la penalidad puede ser estipulada por acto posterior.

Dicho precepto resulta plenamente justificado, habida cuenta que las partes pueden prever, al momento de contraer una obligación, que los daños que pudieran derivarse de su incumplimiento sean indemnizados mediante una pena obligacional. No obstante, nada impide que dicho pacto se estipule con posterioridad al nacimiento de la obligación; con la salvedad de que el momento en que se estipule la pena deberá preceder siempre a la inejecución.

Fluye de la norma analizada que la penalidad puede ser posterior al nacimiento de la obligación principal; sin embargo, atendiendo a la naturaleza indemnizatoria de fijación anticipada de los daños derivados del incumplimiento, así como al carácter compulsivo inherente a esta institución, el buen sentido nos indica que no resulta posible que el nacimiento de la pena se produzca cuando el contrato ya ha sido incumplido. Ello obedece a que una vez inejecutada la obligación, ya no tendría objeto establecer un mecanismo compulsivo para su cumplimiento, ni tampoco fijar anticipadamente los daños ya originados. Como se puede advertir, lejos de constituir una cláusula penal, este tipo de pacto se asemejaría más a una transacción sobre los daños derivados de un incumplimiento ya verificado.

Sin perjuicio de lo expuesto, Kemelmajer (p. 20) advierte que pactándose la cláusula penal en un acto posterior, es pertinente analizar la voluntad de las partes a fin de establecer si se ha producido o no una novación de la obligación principal. La cuestión es absolutamente relevante, pues si las partes se han limitado a imponer una pena para el caso de no cumplirse con la obligación principal, subsistirán todas las fianzas, hipotecas, prendas, etc. que la garantizan. En cambio, si se estipula que el incumplimiento solo hará exigible la pena obligacional, podría sostenerse que existe una novación y por ende, salvo pacto expreso en contrario, se habrían extinguido todas las garantías que accedían a la obligación principal.

En este punto es preciso hacer referencia al artículo 1283 del Código Civil, cuyo primer párrafo establece que "en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario".

De conformidad con dicha norma, si la estipulación de una cláusula penal generase los efectos de la novación, las garantías de la obligación principal (cuyo vínculo se ve reforzado por la penalidad) quedarían extinguidas. Ello se produciría de manera automática en el supuesto de novación legal y mediando consentimiento de las partes para los casos de novación convencional.

Huelga decir que los efectos del artículo 1283, referidos a las garantías, solo operan con la novación voluntaria, no así con la legal. Por tanto, solo en los supuestos en que se establezca de manera expresa que la pena obligacional pactada con posterioridad al nacimiento de la obligación principal tiene los efectos de la novación, deberá entenderse que se extinguen las garantías accesorias de la obligación principal. Asimismo, no resulta válido sostener que

el pacto de la pena obligacional constituye un supuesto de novación legal y que por ende se puede prescindir de dicho consentimiento.

Por último, la razón por la cual no es posible pactar penalidades futuras es el carácter accesorio de esta figura. En otras palabras, la cláusula penal no tiene ordinariamente existencia propia, depende de la previa o concomitante existencia de una obligación. En este sentido, toda cláusula penal de obligación futura será nula, salvo que se pacte sujeta a la condición suspensiva de que surja la obligación que garantizará.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; BUSSO, Eduardo B. Obligaciones. Tomo IV. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1951; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual. En: Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo). Tomo I. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La regla del favor debitoris y la reforma del Libro VI del Código Civil. En: Reforma del Código Civil peruano. Gaceta Jurídica, Lima, 1988; CORRAL TALCIANI, Hernán. La reducción de la cláusula penal excesiva en el Derecho Civil de los países del Cono Sur. En: Contratación privada. Jurista Editores, Lima, 2002; DE LUCA, Massimiliano. La clausola penale. Collana Il Diritto Privatto Oggi (Serie a cura di Paolo Cendon). Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1998; DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944; DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Cuarta edición. Tomo I. Tecnos, Madrid, 1993; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Volumen I. Tomo II. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950; ESPÍN ALBA, Isabel. La cláusula penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La cláusula penal". En: Themis, Revista de Derecho, N° 66. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria. Ara Editores, Lima, 2017; FERREIRO, Estela. Incumplimiento obligacional ("astreintes" y cláusula penal). La Rocca, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La cláusula penal: su régimen jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "La cláusula penal y la resolución de los contratos". En: "Revista Idearium. N° 4/5. Mendoza, 1979; LACRUZ BERDEJO, José Luis. Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. José María Bosch Editor, Barcelona, 1980; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones. Volumen I. Buenos Aires, 1947; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones modalidades y efectos. Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1956; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Vol. 1. WG Editor, Lima, 1992; LOBATO DE BLAS, Jesús María. La cláusula penal en el Derecho español. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona; MARINI, Annibale. La clausola penale. Collana Bibilioteca di Diritto Privato. Jovene Editore, Napoli, 1984; MARTÍNEZ COCO, Elvira. La cláusula penal y la capitalización de intereses. En: Ensayos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial San Marcos, Lima, 1997; MAZZARESE, Silvio. Clausola penale. Collana Il Codice Civile. Comentario. Diretto da Francesco D. Busnelli. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1999; OSTERLING PARODI, Felipe. La inmutabilidad de la cláusula penal. En: Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 22, N° 24 (ene-dic 1965); OSTERLING PARODI, Felipe. Obligaciones con cláusula penal. En: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Cultural Cuzco, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomos X a XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. Temis, Bogotá, 1982; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. ¿Mutabilidad o inmutabilidad? La desnaturalización de la cláusula penal en el Código Civil. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales Editora. Año LIII, Número 42 (enero de 2003); SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952; SÁNZ VIOLA, Ana María. La cláusula penal en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1994; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "Inmutabilidad de las penas convencionales en el Derecho peruano". En: InDret. 4/2005; STIGLITZ, J. El malestar en la globalización. Taurus, Buenos Aires, 2002; TALAVERA CANO, Andrés. "Regulando la intolerancia ante los incumplimientos contractuales". En: Ius et Veritas. N° 52. Lima, 2016.

Carácter accesorio

Artículo 1345.- *La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal.*

Concordancias:
C.C. art. 224 párr. 3°

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO / ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

La presente norma confirma a través de sus consecuencias, el carácter de accesoriedad propio a la cláusula penal. Si bien el artículo bajo comentario no establece de manera expresa que la cláusula penal es accesoria a la obligación principal, una interpretación basada en la naturaleza de la pena obligacional nos permite advertir que además del precepto que emana de la literalidad de la norma, puede establecerse que la nulidad de la obligación principal conlleva la de la cláusula penal; de ahí el carácter accesorio de esta última.

1. Principio de accesoriedad

Según hemos referido, la pena obligacional tiene carácter accesorio respecto de la obligación principal. Es por ello que la nulidad de la pena no conlleva la de la obligación principal.

En este sentido, Mazzarese (p. 206) refiere que "entre la obligación principal y la penalidad subsiste una relación necesaria, pero no recíproca: la alternancia jurídica que reviste la obligación principal puede encontrar respaldo en la obligación accesoria representada por la cláusula penal, implicándola, por ejemplo, en un hecho extintivo; sin embargo, no es posible afirmar que se produzca una relación inversa".

No obstante, si bien existe una estrecha vinculación entre la obligación principal y la pena, no debemos perder de vista que se trata de negocios jurídicos autónomos. En efecto, "la cláusula no determina el cúmulo de la obligación principal con la penalidad: por el contrario, la penalidad y el contrato concurren como el concurso natural de 'accesorio y principal'" (MAZZARESE, p. 205). La independencia de las estipulaciones no se encuentra reñida con la naturaleza accesoria de la pena; no obstante encontrarse ligadas, ambas puede coexistir conservando su autonomía.

2. Autonomía de la pena obligacional

El fundamento para sustentar la autonomía de la cláusula penal reside en considerar que tiene una causa distinta a la del contrato principal.

Esta tesis es defendida por Marini (p. 4) quien sostiene que la cláusula penal es un negocio autónomo pero accesorio respecto de un negocio principal distinto. Sin embargo, estos negocios responden a naturalezas distintas. Tal distinción obedece a que la función sancionatoria propia de la penalidad no puede explicarse sino en relación a una función preceptiva, entendida en sentido amplio, realizada respecto a un negocio distinto que no viene a constituirse en presupuesto de la pena (MARINI, p. 79). Por tanto, se establece como corolario que la autonomía indicada no es incompatible con el carácter accesorio de la pena.

Esta opinión es confirmada por Magazù (citado por DE LUCA, p. 67) que señala que la vinculación por cuyo esquema se rige el negocio accesorio presupone la pluralidad (y por ende la autonomía causal) de negocios y, por tanto, el ligamen de accesoriedad no es incompatible con la autonomía.

Tal temperamento encuentra justificación en los fundamentos diferentes que dan origen a la obligación principal y a la penalidad accesoria, respectivamente. En el caso de la obligación principal, dicho fundamento se encuentra en la causa del negocio jurídico, ya sea de compraventa, permuta, donación, etc. No obstante, adviértase que esta causa difiere de aquella que soporta a la pena obligacional. Ello por cuanto la justificación de la pena se encuentra en su función compulsiva y de fijación anticipada de los daños derivados de la inejecución, la cual si bien refuerza el vínculo establecido por la obligación principal, no por ello pierde su identidad.

Puede afirmarse entonces que la cláusula penal no es una simple cláusula que forma parte de un negocio, sino que constituye un negocio autónomo, contando con un esquema causal propio; aunque vinculado al contrato que garantiza (DE LUCA, p. 67).

Sin embargo, esta autonomía no escapa de las consecuencias derivadas de su naturaleza accesoria, habida cuenta que la nulidad de la obligación principal conlleva la de la pena. No se admite sin embargo que la nulidad de la pena afecte a la obligación principal, salvo el supuesto indicado a continuación.

3. Consecuencias de la nulidad de la pena

La norma bajo análisis es enfática en señalar que la nulidad de la pena no conlleva la de la obligación principal. No obstante, esta regla encuentra una excepción cuando la penalidad constituye presupuesto esencial para la celebración del negocio que dio origen a la principal.

Al respecto, el artículo 1419 del Código Civil italiano establece que "la nulidad parcial de un contrato o la de una de sus cláusulas importa la nulidad de todo el contrato si resulta que los contratantes no lo hubieran celebrado de no haberse estipulado aquella parte cuyo contenido adolece de nulidad".

En nuestro ordenamiento, este principio ha sido recogido por el artículo 224 del Código Civil en cuanto establece que "la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables".

Esto significa que "si un contrato se encontrara viciado de nulidad absoluta, y la causa de dicha nulidad no pudiera conducir a la separación (y subsistencia como válidas) de aquellas cláusulas que no son nulas, entonces todo el acto jurídico sería nulo, resultando indiferente si el vicio de esa nulidad estaba referido a la obligación principal garantizada con cláusula penal o a cualquiera de las obligaciones que dicho acto originaba" (OSTERLING y CASTILLO, p. 2583).

Como anunciáramos al inicio del presente acápite, nos encontramos ante una excepción a la regla establecida por la norma bajo análisis. Tal excepción se encuentra plenamente justificada, habida cuenta que las partes en ejercicio de su autonomía podrían convenir como aspecto esencial del contrato la estipulación de una pena obligacional que refuerce el vínculo de la obligación principal y que, adicionalmente, establezca de manera anticipada el monto de los daños que pudieran derivarse del incumplimiento. Al producirse la nulidad de la pena –presupuesto esencial para la celebración del contrato–, la norma invocada nos permite concluir que se precipita la nulidad de la obligación principal.

Conviene insistir que para hacer posible la nulidad de la obligación principal por efecto de la nulidad de la cláusula penal, será preciso que esta tenga un carácter esencial y que ello se revele de un modo indubitable.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bosch, Barcelona, 1993; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, "El daño en las obligaciones dinerarias". En: Código Civil, estudios y propuestas. Asociación Civil ADV Editores, Revista Advocatus, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2015; BUSSO, Eduardo B. Obligaciones. Tomo IV. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1951; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la Responsabilidad Civil. Sexta edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual. En: Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo). Tomo I. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La regla del favor debitoris y la reforma del Libro VI del Código Civil. En: Reforma del Código Civil peruano. Gaceta Jurídica, Lima, 1988; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español, común y foral. V. IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. Reus, Madrid, 1977; CORRAL TALCIANI, Hernán. La reducción de la cláusula penal excesiva en el Derecho Civil de los países del Cono Sur. En: Contratación privada. Jurista Editores, Lima, 2002; DE LUCA, Massimiliano. La clausola penale. Collana Il Diritto Privatto Oggi (Serie a cura di Paolo Cendon). Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1998; DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944; DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Cuarta edición. Tomo I. Tecnos, Madrid, 1993; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Volumen I. Tomo II. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950; ESPÍN ALBA, Isabel. La cláusula penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La cláusula penal". En: Themis, Revista de Derecho, N° 66. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria. Ara Editores, Lima, 2017; FERREIRO, Estela. Incumplimiento obligacional ("astreintes" y cláusula penal). La Rocca, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La cláusula penal: su régimen jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "La cláusula penal y la resolución de los contratos". En: "Revista Idearium. N° 4/5. Mendoza, 1979; LACRUZ BERDEJO, José Luis. Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. José María Bosch Editor, Barcelona, 1980; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones. Volumen I. Buenos Aires, 1947; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones modalidades y efectos. Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1956; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Vol. 1. WG Editor, Lima, 1992; LOBATO DE BLAS, Jesús María. La cláusula penal en el Derecho español. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona; MARINI, Annibale. La clausola penale. Collana Bibilioteca di Diritto Privato. Jovene Editore, Napoli, 1984; MARTÍNEZ COCO, Elvira. La cláusula penal y la capitalización de intereses. En: Ensayos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial San Marcos, Lima, 1997; MAZZARESE, Silvio. Clausola penale. Collana Il Codice Civile. Comentario. Diretto da Francesco D. Busnelli. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1999; OSTERLING PARODI, Felipe. La inmutabilidad de la cláusula penal. En: Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 22, N° 24 (ene-dic 1965); OSTERLING PARODI, Felipe. Obligaciones con cláusula penal. En: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Cultural Cuzco, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomos X a XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. Temis, Bogotá, 1982; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. ¿Mutabilidad o inmutabilidad? La desnaturalización de la cláusula penal en el Código Civil. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales Editora. Año LIII, Número 42 (enero de 2003); SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952; SÁNZ VIOLA, Ana María. La cláusula penal en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1994; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "Inmutabilidad de las penas convencionales en el Derecho peruano". En: InDret. 4/2005; STIGLITZ, J. El malestar en la globalización. Taurus, Buenos Aires, 2002; TALAVERA CANO, Andrés. "Regulando la intolerancia ante los incumplimientos contractuales". En: Ius et Veritas. N° 52. Lima, 2016.

Mutabilidad relativa de la pena

Artículo 1346.- ***El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.***

Concordancia:
C.C. art. 1341

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO / ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

La mutabilidad de la pena es uno de los temas más estudiados y más arduamente debatidos en el Derecho de Obligaciones; pudiendo llegar a afirmarse que el estudio de la cláusula penal es, en gran medida, el estudio de la posibilidad de modificar su monto.

Con el propósito de comprender el fenómeno de la mutabilidad de la pena, vamos a desarrollar brevemente los sistemas de regulación de la modificación de la cláusula penal, aprovechando para señalar algunas incongruencias que se revelen en el plexo normativo que la regula. Como podrá advertirse, nuestro análisis pone un especial énfasis en los criterios adoptados para reducir el monto de la penalidad, así como en la orientación que ha seguido nuestra jurisprudencia al respecto.

Antes de abordar el estudio de los sistemas legislativos que regulan la reducción, aumento o supresión del monto de la cláusula penal, es preciso señalar que es tema pacífico, tanto en la doctrina como en la legislación nacional y comparada, la posibilidad de reducir la penalidad para los supuestos de cumplimiento parcial o irregular de la prestación, pues en estos casos se suele adoptar como criterio la proporcionalidad entre el interés supérstite del acreedor, la dimensión del incumplimiento y la pena fijada. Las discrepancias surgen en los supuestos de inejecución total de obligaciones. Este último caso ha sido materia de numerosos estudios y opciones legislativas a lo largo de la evolución del pensamiento jurídico. En la actualidad, es posible identificar, básicamente, los siguientes sistemas:

1. Sistema de inmutabilidad absoluta

El origen de este sistema se remonta al Derecho Romano en el que la pena quedaba librada exclusivamente a la voluntad de las partes, sin facultar al juez para modificarla, ni para reducirla, ni para aumentarla, aunque fuese excesiva. La única excepción permitida en este sistema se refería a los pactos destinados a encubrir intereses usurarios.

Este sistema fue recogido por el Código Civil francés de 1804, el cual en la redacción original de su artículo 1152 establecía que no podía compelerse al deudor a pagar una suma mayor ni menor que la fijada en la cláusula penal.

Entre los fundamentos que amparan esta regla tenemos los siguientes (BUSTAMATNE ALSINA, p. 198):

- Evitar en el futuro toda discusión sobre la existencia de los daños y su monto.
- El respeto de la voluntad de las partes libremente expresada en el momento de pactar la penalidad, conforme al principio de libertad contractual.

Una variante bastante singular de inmutabilidad absoluta de la pena es la adoptada por el hoy derogado Código Civil brasileño de 1916, el cual regulaba este tema en sus artículos

920 y 927. En estas normas se establecía que el deudor no podrá eximirse del cumplimiento de la pena alegando que esta es excesiva. El acreedor, por su parte, no estará obligado a la probanza de los daños a efectos de exigir la pena. Sin embargo, el abrogado Código brasileño establecía un tope que debía observarse en el monto de la cláusula penal; en efecto, el artículo 920 establecía que el monto de la penalidad no podrá exceder de la obligación principal.

A criterio de algunos autores, tal solución es objetable porque relaciona el monto de la pena con el de la obligación, y no con la cuantía del daño efectivo que es el objeto de la reparación. Además, se señala que este sistema implica despojar a la cláusula penal de su función compulsiva puesto que desaparece el incentivo para cumplir la obligación que deriva del mayor monto de la pena comparado con el de la obligación principal (ALTERINI, p. 299).

Entre las bondades del sistema de inmutabilidad absoluta se encuentra el privilegio que otorga a la seguridad jurídica y la confianza en el cumplimiento de los contratos. De esta manera, no habiendo posibilidad de modificar el monto de la pena, el ordenamiento genera previsibilidad y certidumbre en el acreedor respecto de las consecuencias que pudieran derivarse de un eventual incumplimiento.

Desde el punto de vista económico, la inmutabilidad de la cláusula penal promueve comportamientos de mercado eficientes y fomenta la circulación del crédito, garantizando que este se pagará, evitando además que se produzcan sobre costos económicos que serían más onerosos que dichas cláusulas penales y que terminarían por encarecer el crédito.

Este sistema parece ser el que, analizado desde un punto de vista conceptual, regula con mayor coherencia las funciones inherentes a la cláusula penal; sin embargo, no obstante sus bondades, la doctrina mayoritaria alza sus críticas en contra señalando que la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal puede constituir una fuente de abusos e injusticias contra el deudor. Estas críticas parten de considerar al deudor como la parte más débil del contrato, que frecuentemente se encontrará en posición de desventaja frente al acreedor al momento de la determinación del monto de la penalidad. Producto de estas circunstancias, el acreedor, unas veces con la finalidad de proteger sus intereses en el cumplimiento del contrato, y otras haciendo uso abusivo de su posición dominante, tratará de pactar la penalidad más elevada que le sea posible, generalmente inequitativa y desproporcionada respecto de los daños que de manera razonable pudieran derivarse de la inejecución del contrato. De acuerdo con esta posición, y en sintonía con las razones expuestas, debería permitirse la reducción de las penalidades excesivas.

Como veremos luego, los autores no compartimos la concepción de que siempre el deudor es la parte más débil del contrato. Hay decenas de ejemplos en los que el acreedor es la parte más débil. Sin embargo, admitimos que en ciertas relaciones, como en las relaciones de consumo, es fácil identificar a la parte más débil y, por tanto, es preciso protegerla, encontrándose justificada plenamente, en estas relaciones, la mutabilidad de la cláusula penal. No obstante, en las relaciones obligacionales civiles donde la igualdad de las partes se presume, la mutabilidad de la cláusula penal es más discutible.

2. Sistema de inmutabilidad relativa

Este sistema establece la posibilidad de modificar el monto de la penalidad en ciertos supuestos, pero solo para reducirla, negando la posibilidad de que pueda ser incrementada. Si la penalidad resultase insuficiente, la posibilidad de indemnizar los perjuicios adicionales solo será factible siempre que se haya pactado el daño ulterior.

El precursor de este sistema es el Código Civil alemán de 1900 (BGB), el cual estableció por primera vez la posibilidad de reducir la penalidad en su artículo 343. Asimismo, en el artículo 340, inciso 2, del acotado Código se establece la posibilidad de que el acreedor inicie las acciones destinadas a indemnizar los daños mayores, estando facultado para exigir la pena como cantidad mínima del daño.

Comentando estas normas, señala Ennecerus (pp. 189 y 190) que el Código alemán "ha dispuesto que la pena convencional desproporcionadamente elevada, ya vencida, pero aún no pagada, puede ser reducida a un importe prudencial a solicitud del deudor". Y agrega que, "si, como ocurre casi siempre, corresponde al acreedor una pretensión de indemnización por incumplimiento, puede exigir la pena como importe mínimo del daño y, si el interés de cumplimiento es superior a la pena, puede exigir este plus".

En la legislación comparada, el artículo 1.544 del Código Civil chileno, el artículo 794 del Código Civil y Comercial argentino, así como el Código Civil italiano de 1942 y el Código Civil peruano de 1984, en sus artículos 1384 y 1346, respectivamente, establecen la posibilidad de reducir las penas cuando el monto sea desproporcionado y cuando, teniendo en cuenta el valor de las prestaciones y las demás circunstancias del caso, se pueda configurar que ha existido un aprovechamiento abusivo del acreedor.

Mediante Ley N° 10.406 del 10 de enero de 2002, el Congreso de la República de Brasil promulgó el nuevo Código Civil de ese país. Este nuevo Código regula la posibilidad de modificar el monto de la cláusula penal en sus artículos 412, 413 y 416. La primera de estas normas mantiene el precepto del Código anterior en el sentido de que el valor de la cláusula penal no podrá exceder el monto de la obligación principal. Sin embargo, en el siguiente artículo se establece que la penalidad deberá ser reducida por el juez cuando fuese manifiestamente excesiva, atendiendo a la naturaleza y finalidad del contrato.

Asimismo, el artículo 416 del acotado Código dispone que, aun cuando el perjuicio exceda lo previsto en la cláusula penal, el acreedor no podrá exigir indemnización suplementaria, a menos que así se hubiese pactado. De ser así, el acreedor estará obligado a probar el perjuicio excedente.

Estas disposiciones determinan que el nuevo Código brasileño haya abandonado el sistema de inmutabilidad absoluta de su predecesor, para acogerse al sistema de inmutabilidad relativa. En efecto, si bien el monto de la penalidad se mantiene limitado por el valor de la obligación principal, ahora el juez brasileño está facultado para reducirlo equitativamente. No obstante, la penalidad no podrá ser incrementada, a menos que se hubiere pactado el daño ulterior.

Entre los criterios que adoptan estas legislaciones para reducir el monto de la cláusula penal tenemos (CORRAL TALCIANI, pp. 174-176):

a) El monto desproporcionado de la pena, evaluado de acuerdo a:

- La gravedad de la falta, referida al grado de reproche que merece el incumplidor. En nuestro ordenamiento jurídico, esta graduación pasa por tres niveles: culpa leve, culpa inexcusable y dolo.

- El valor de las prestaciones, de acuerdo al interés que tenga el acreedor en el cumplimiento de la prestación. Para ello, se ha de tener en cuenta todo interés legítimo del acreedor y no solo su interés patrimonial.

Se señala que para juzgar el importe adecuado deberá tenerse como momento en que se juzgue el interés del acreedor aquel en que se deba dictar la sentencia (ENNECCE RUS, p. 190; CORRAL TALCIANI, p. 177).

- Las ventajas que genera el incumplimiento para el deudor, en concordancia con el principio de equidad que inspira la reducción de pena, pues, aparentemente, lo correcto sería que el deudor pague al acreedor aquello que le hubiese sido de provecho como resultado de la inejecución de la obligación.

b) Lesión subjetiva, entendida como el aprovechamiento abusivo de la situación del deudor en los supuestos en que el acreedor, aprovechándose de la necesidad, ligereza o inexperiencia de su contraparte, consigue pactar una cláusula penal evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Cabe señalar que la excesiva desproporción, valorada objetivamente, entre la cláusula penal y el daño irrogado o el valor de la prestación, genera una presunción iuris tantum a favor de que se ha producido un aprovechamiento de la situación del deudor al momento de fijar el monto de la penalidad.

Este sistema pretende neutralizar los vicios en que se incurre en el sistema de inmutabilidad absoluta, el cual según sus detractores, al no admitir la reducción de la penalidad excesiva, propicia los abusos por parte del acreedor. Bajo el sistema de inmutabilidad relativa, en cambio, el acreedor ya no tiene incentivos para, abusando de su posición dominante, imponer al deudor penalidades exorbitantes, habida cuenta que, de ser el caso, estas podrán ser reducidas por el juez de manera sustancial. Es con esta finalidad que el sistema bajo análisis permite la reducción del monto de la pena cuando, a criterio del juez, los daños infligidos como resultado de incumplimiento fueran ostensiblemente inferiores a la pena pactada. En este sentido, comentando el Código Civil italiano de 1942, Scognamiglio (p. 152) señala que, "en previsión de posibles abusos, el artículo 1384 del Código Civil faculta al juez para disminuir equitativamente el monto de la pena si la obligación fue ejecutada parcialmente o si se lo puede considerar excesivo en consideración del interés del acreedor en el cumplimiento".

Adviértase que este sistema puede llevar a la desnaturalización de la cláusula penal. En efecto, la solicitud de disminución de la penalidad por parte del deudor y la demanda de indemnización del daño ulterior cuando se hubiera pactado, conducirá a las partes, necesariamente, a entrar al tema de la probanza de los daños. De este modo, las partes habrían caído irremediablemente en el supuesto que quisieron evitar, mediante la liquidación convencional anticipada de los daños que, de manera previsible, pudieran derivarse del incumplimiento. ¿Cuál habría sido entonces la finalidad de pactar una penalidad que, en la práctica, no cumple ni con la función resarcitoria ni con la función compulsiva propias de su naturaleza?

Tal cuestionamiento podría ser llevado a extremos, pues si la penalidad no cumple con ninguna de sus funciones esenciales, ¿se trataría en verdad de una cláusula penal?

3. Sistema de mutabilidad absoluta

La mutabilidad absoluta permite tanto la disminución como el aumento del monto de la cláusula penal, en los casos en que esta fuera manifiestamente elevada, y en los supuestos en que la penalidad pactada fuese irrisoria respecto del monto de los daños, respectivamente (CÁRDENAS, *Reflexiones sobre* ..., p. 402).

El principal exponente de este sistema es el Código Civil francés de 1804, el cual, en la actual redacción de su artículo 1152, modificado mediante Ley N° 75-597 del 9 de julio de 1975 y Ley N° 85-1097 del 11 de octubre de 1985, otorga al juez la facultad de disminuir o aumentar, inclusive de oficio, la pena que haya sido convenida, si esta fuera manifiestamente excesiva o diminuta.

Mediante esta regulación se pretende salvar la incoherencia planteada bajo el sistema de inmutabilidad relativa, el cual concede la facultad de reducir el monto de la penalidad, pero no admite la posibilidad de aumentarla. La fórmula es lógica, puesto que si lo que se pretende rescatar con la reducción de la pena es el principio de equidad entre acreedor y deudor, el buen sentido nos indica que este trato debe darse en ambos sentidos y, por ende, debe otorgarse a ambos la posibilidad de modificar el monto de la penalidad, ya sea para aumentarla o para reducirla.

No obstante, este sistema no soluciona el problema de la desnaturalización de la cláusula penal que conlleva la posibilidad de modificar su monto. Dicha desnaturalización se produce fundamentalmente en dos niveles.

El primero, en cuanto afecta la función compulsiva, pues el deudor, sabiendo que la penalidad pactada podrá ser reducida, dejará de sentirse intimidado por su cuantía. De este modo, se genera un incentivo para el incumplimiento del contrato, pues el deudor sabrá que su inejecución no tendrá necesariamente, como consecuencia, el pago de una importante suma de dinero.

De otro lado, se critica que la posibilidad de modificar el monto de la pena desnaturaliza la institución bajo análisis, por cuanto deja sin efecto la función resarcitoria inherente a la penalidad. En efecto, si el deudor puede solicitar la disminución de la pena cuando fuera excesiva, y si se faculta al acreedor para pedir su aumento cuando fuese manifiestamente diminuta, las partes tendrán que entrar necesariamente a la probanza de los daños para determinar el monto que deberá abonarse como penalidad. Esta situación pone a las partes en el supuesto que precisamente quisieron evitar mediante la inclusión de la cláusula penal en el contrato. Dicho en otros términos, ¿qué sentido tendría haber pactado una penalidad si, una vez verificada la inejecución, las partes se verán irremediablemente sumergidas en un engorroso proceso en el que tendrán que demostrar que los daños derivados de incumplimiento son mayores o menores que el monto pactado en la cláusula penal? De este modo, la estipulación de una cláusula penal se convierte en un pacto lírico.

Cabe señalar que este problema no es solucionado atribuyendo a quien solicite la modificación de la penalidad la carga de probar que los daños infligidos son mayores o menores. En efecto, en los supuestos en que se solicite la reducción del monto de la pena, el deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de la inejecución son menores a la suma pactada. Sin embargo, un acreedor diligente, consciente de la posibilidad de que se reduzca el monto de la penalidad, necesariamente entrará al tema probatorio, aun cuando esta carga le corresponda al deudor, a efectos de demostrar que los daños sufridos coinciden con la suma fijada como penalidad.

Lo propio ocurre en el supuesto en que se solicite el pago del daño ulterior, habida cuenta que, inclusive cuando el acreedor tenga que demostrar que los daños resultantes de la inejecución se encuentran por encima de la penalidad pactada, el deudor –qué duda cabe– buscará demostrar que la cláusula penal no solamente es suficiente, sino que el daño ulterior demandado es inexistente.

En ambos supuestos, la probanza de los daños es inevitable para las partes. La desnaturalización de la cláusula penal es manifiesta.

4. Posibilidad de suprimir la pena

En las fuentes legislativas extranjeras puede encontrarse que el Anteproyecto del Código Civil boliviano consigna en su artículo 767, último párrafo, que la cláusula penal no será exigible si no hay daños y perjuicios.

El razonamiento que sigue Osorio, autor del anteproyecto, tiene una cierta lógica, pues sostiene que si la pena sirve para sustituir la indemnización de daños y perjuicios, solo será aplicable cuando estos verdaderamente existan. De otro modo, la cláusula penal implicaría una lotería, pues si bien la penalidad sirve para evitar la demostración de la cuantía de los daños que aparece previamente determinada, estos daños tienen que ser reales. De otro modo, ¿cuál sería la justificación para satisfacer la indemnización de daños que no existen? Pareciera que se incurre en una contradicción si se permite la reducción de la penalidad cuando los daños son menores y, sin embargo, no se admite su supresión cuando estos son inexistentes.

Cabe señalar que esta doctrina, pese a la lógica que encierran sus argumentos, no ha tenido acogida en la legislación de los diversos ordenamientos jurídicos sobre la materia. De hecho, hasta donde han alcanzado nuestras pesquisas, no ha sido posible ubicar norma que permita la supresión de la pena obligacional cuando se hubiese demostrado que la inejecución no ha irrogado daños al acreedor.

5. Evolución de la regulación de la cláusula penal

En el Perú, el sistema de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal ha evolucionado de acuerdo a las corrientes predominantes en cada época.

El Código Civil de 1852, siguiendo la tradición del Código Napoléon, establecía lo siguiente:

> "Artículo 1275.- Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado".

El principio que emana de esta norma es claro: la penalidad era inmutable.

Este precepto mereció el estudio de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, cuyo Proyecto consignaba las siguientes normas:

> "Artículo 1213.- El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".
>
> "Artículo 1214.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.
>
> El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva".
>
> "Artículo 1217.- El valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal".

El doctor Manuel Augusto Olaechea (Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil. Quinto Fascículo, pp. 173 y ss.), fundamentando la tesis adoptada por dicho Código señaló que "esta fórmula intermedia pone a salvo la función primaria de la cláusula penal cuyo doble fin jurídico es impedir la arbitrariedad judicial y suprimir las dificultades procesales de

carácter probatorio sobre la estimación de los daños y perjuicios. Al propio tiempo, esta fórmula reprime el abuso, eliminando el riesgo frecuente de que las estipulaciones contractuales puedan ser en algún caso fuente de enriquecimiento injusto para alguna de las partes".

No obstante sus argumentos, esta propuesta fue modificada por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, dando origen a los siguientes artículos del Código Civil de 1936:

> "Artículo 1224.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio".
>
> "Artículo 1227.- El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

Mediante la dación de esta norma, el Código Civil de 1936 abandonó la rigidez e iniquidad del sistema de inmutabilidad absoluta del Código de 1852 para acogerse a un sistema de inmutabilidad relativa que permite la reducción, pero no el aumento de la penalidad.

Esta fórmula ha sido recogida por el Código Civil vigente.

No obstante la fórmula consignada en nuestro Código Civil, el Proyecto presentado por la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, establecía en su artículo 1364 un sistema semejante al presentado por la Comisión Reformadora del Código de 1852, conforme se transcribe a continuación:

> "Artículo 1364.- El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.
>
> Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.
>
> En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.
>
> Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo".

A criterio de Felipe Osterling (*Las obligaciones,* p. 228), autor del precitado Proyecto, "esta fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal, con todas sus ventajas, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por su incumplimiento no sobrepasarán el valor del límite señalado por la ley. En caso contrario, tiene el derecho de convenir el resarcimiento del daño ulterior, pero sin el riesgo de que se modifique la cláusula penal. Tal daño ulterior deberá, desde luego, ser probado".

Los argumentos expuestos son consistentes, pues se soluciona el problema de la desnaturalización de la cláusula penal generada por la mutabilidad de la pena y, asimismo, se trata de aliviar con significativo éxito la iniquidad que conllevaría adoptar un sistema de inmutabilidad absoluta. No obstante, no podemos dejar de señalar que aun cuando la propuesta es interesante, pues matiza de manera adecuada las funciones resarcitoria y compulsiva inherentes a la institución bajo análisis, la fórmula puede ser cuestionada.

En efecto, el deudor que no tenga interés en cumplir con su obligación se verá incentivado por esta norma, puesto que el cumplimiento del contrato le representa un sacrificio equivalente al íntegro de la obligación principal; mientras que el incumplimiento genera la

obligación de pagar la penalidad, la cual en ningún supuesto podrá ser superior a la mitad del monto de la obligación. Los incentivos para incumplir los contratos que genera esta propuesta son manifiestos, pues al efectuar el análisis de su situación en el contrato, el deudor siempre tendrá en cuenta que si cumple con la obligación tendrá que pagar el íntegro de la prestación. Si incumple, en cambio, pagará solamente la mitad.

Esto conlleva la pérdida de la función compulsiva que creía haberse ganado, pues, como hemos anotado, lejos de intimidar al deudor para el cumplimiento, la regulación de la penalidad en el referido Proyecto incentiva la inejecución.

De ahí que, a nuestro juicio, el monto máximo que pueda pactarse como penalidad bajo este sistema debería ser equivalente al monto de la prestación, como en el régimen brasileño y hasta quizás un poco más elevado.

La Comisión Revisora desestimó la propuesta del Proyecto presentado por la Comisión Reformadora bajo el argumento de que la fórmula adoptada por el Código Civil de 1936 había venido operando adecuadamente. No obstante, cabe indicar que la Comisión Revisora aceptó que la reducción de la pena no operara de oficio como en el Código anterior, sino solamente a solicitud del deudor, dando origen a las normas actualmente vigentes.

6. La inmutabilidad relativa en el Código Civil vigente

Conforme hemos señalado, el sistema adoptado por el Código Civil de 1984 es el de inmutabilidad relativa; es decir, que permite la reducción de la cláusula penal cuando esta fuere manifiestamente excesiva, pero no autoriza su incremento. De acuerdo a la regulación que se ha dado a la cláusula penal en nuestro país, los daños que sobrepasen el monto de la penalidad serán susceptibles de resarcimiento solo si se hubiera pactado la indemnización del daño ulterior. Caso contrario, la penalidad cumplirá la función de limitar la responsabilidad del deudor.

Ahora bien, un sector de nuestra doctrina no se muestra totalmente a favor de esta previsión normativa; por ejemplo, se estima que "la penalidad convencional, como su nombre lo indica, es una pena, una sanción que tendrá que pagar el deudor cuando incumpla con sus obligaciones, ya que de ser un contratante fiel no tendrá nada que pagar, no se le aplicará castigo o pena alguna. Nos ratificamos, pues, en nuestra postura de considerar inmutable e intangible la pena convencional y libremente pactada" (SOTO COAGUILA, p. 24); mientras que otro sector, siguiendo a la doctrina italiana, se muestra a favor, pues refiere que "reducción equitativa y función penal expresan legítimas exigencias de una justa medida contractual sobre los cuales se orientan los principios de buena fe y corrección" (ESPINOZA ESPINOZA, p. 242).

En lo que respecta a los criterios que, de acuerdo al artículo 1346 del Código Civil, pueden adoptarse a efectos de reducir el monto de la penalidad, es preciso indicar que la norma admite el empleo de criterios tanto objetivos como subjetivos.

En el primer supuesto, esto es, adoptando un criterio objetivo, el buen sentido nos indica que el órgano jurisdiccional no podrá negarse a reducir el monto de la penalidad cuando el deudor demuestre, de manera objetiva, que el monto de los daños derivados de su incumplimiento se encuentran por debajo de la suma pactada en la cláusula penal.

No obstante, cabría preguntarse si además de la prueba de los daños es preciso que el juez verifique que la penalidad es "manifiestamente excesiva", requisito previsto por el artículo

1346 para que opere la reducción de la pena. Dicho en otros términos, ¿sería posible la reducción de una penalidad que no es "manifiestamente excesiva" cuando el deudor haya demostrado que los daños efectivamente irrogados por el incumplimiento son menores?

Tal cuestionamiento resulta perfectamente válido, pues podría darse el caso en que la pena no sea abiertamente excesiva, sino que, por el contrario, se haya pactado una penalidad razonable, pero que, no obstante, los daños irrogados por el incumplimiento estén por debajo del monto pactado o, inclusive, sean inexistentes, y así lo demuestre el deudor.

Desde nuestro punto de vista, para la reducción de la pena será preciso que no solo sea excesiva, sino que tal plus sea claramente exagerado, de suerte que una simple comparación entre los daños y esta lo revele. Lo que en el fondo proscribe esta norma son las penas abusivas, es decir, aquellas que declaradamente exceden el fin de garantizar la obligación. Bajo esta perspectiva, la tarea de verificar que el supuesto de la norma se ha cumplido no le correspondería al deudor que solicita la reducción de la penalidad, sino al juez. Asimismo, el carácter abusivo de la penalidad tampoco es susceptible de verificarse en el terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendrá que evaluar los supuestos en que el monto de la pena pactada es "manifiestamente excesivo".

A la luz de estas consideraciones, pareciera que la probanza de los daños que corre por cuenta de las partes del contrato solo podrá tener lugar una vez que el órgano jurisdiccional haya determinado que nos encontramos ante una cláusula penal que al ser "manifiestamente excesiva", encaja dentro del supuesto de hecho de la norma y, por ende, es susceptible de ser reducida.

Cabe señalar que el artículo 1346 del Código Civil no es el único que otorga al juez la facultad de emplear su leal saber y entender para la evaluación del monto de los daños. Así, por ejemplo, el artículo 1332 del acotado Código establece el deber del juez de fijar con valoración equitativa el resarcimiento del daño que no pudiera ser probado en su monto preciso. Lo propio ocurre con el artículo 1407, el cual deja al arbitrio de un tercero –que bien puede ser el juez– la determinación con criterio equitativo de la obligación que es objeto del contrato, entre otras normas.

Frente a estos argumentos, siempre podrá objetarse que la determinación de si una cláusula penal es "manifiestamente excesiva" solo podrá hacerse una vez efectuada la probanza de los daños, pues solo de este modo se podrá comprobar su desproporción con el monto de la pena, esto es, mediante criterios objetivos y no subjetivos. Sin embargo, ello no excluye la necesidad de efectuar una apreciación subjetiva, pues el hecho de que el monto de la penalidad supere a los daños efectivamente irrogados, aun cuando se pueda comprobar la desproporción, no necesariamente significa que la pena es "excesiva" y mucho menos "manifiestamente excesiva". En este sentido, la apreciación subjetiva del juez parece ser imprescindible.

La presencia del criterio subjetivo del juez podría ser llevada a extremos en el supuesto en que el deudor solicite la reducción de la penalidad que, de acuerdo al sentido común, es sin lugar a dudas "manifiestamente excesiva", pero que, sin embargo, omita aportar pruebas conducentes a demostrar la inferioridad del monto del daño. En este supuesto, no parece sensato declarar infundado el pedido del deudor por falta de pruebas. Por el contrario, el buen sentido nos indica que el juez deberá emplear su buen criterio a efectos de reducir prudencialmente y de manera equitativa el monto de la pena pactada.

Estas conclusiones –aunque siguiendo un razonamiento diferente– han sido consagradas por la jurisprudencia nacional. Entre los criterios que han seguido los tribunales nacionales a efectos de determinar la reducción de la penalidad, tenemos los siguientes:

- Procede la reducción de la penalidad "con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales. Referido a los pactos usurarios a que puede estar sometido el deudor al momento de la celebración del contrato" (Sentencia Casatoria N° 1753-97, del 24 de setiembre de 1998).

- La reducción de la penalidad obedece "a una apreciación subjetiva del Magistrado" (Sentencia de fecha 31 de julio de 2001, expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N° 6653-2000).

- Asimismo, nuestros tribunales han sostenido que "la suma adeudada a la parte demandante está garantizada con la hipoteca sobre un inmueble de propiedad del demandado, lo que limita también los daños que pudieran sufrir los acreedores ante el incumplimiento del obligado, puesto que la obligación se encuentra debidamente garantizada" (Sentencia superior de fecha 31 de julio de 1997, recaída sobre el Expediente N° 276-97).

- En un contrato de arrendamiento cuya merced conductiva ascendía a US$ 480.00 mensuales, se había pactado una penalidad ascendente al 15% de dicho monto por cada día de atraso en que el arrendatario no cumpliera con la desocupación del inmueble a la finalización del contrato.

Verificada la demora en la entrega del bien e iniciado el proceso orientado a cobrar la penalidad correspondiente, mediante sentencia expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia con fecha 1 de octubre de 1999 se resolvió reducir el monto de la cláusula penal "en aplicación del artículo II del Título Preliminar del Código Civil". La norma invocada por el órgano jurisdiccional en este proceso está orientada a proscribir el abuso del derecho, supuesto que, a criterio de la Sala, se habría verificado al haberse estipulado la penalidad que el demandante reclamaba.

No es el propósito del presente trabajo comentar los criterios jurisprudenciales citados; sin embargo, de su lectura se aprecia que en ninguno de ellos se resuelve reducir el monto de la penalidad en atención a la evaluación objetiva de las pruebas que hubieran sido aportadas por las partes. En efecto, lejos de abocarse al análisis de los medios probatorios, el órgano jurisdiccional peruano resuelve con criterio de conciencia, de acuerdo a lo que a su leal saber y entender constituye una pena "manifiestamente excesiva". En tal virtud, es posible determinar con claridad que, cuando menos en los fallos de nuestros tribunales, el criterio subjetivo de reducción de la pena es prevalente.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bosch, Barcelona, 1993; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, "El daño en las obligaciones dinerarias". En: Código Civil, estudios y propuestas. Asociación Civil ADV Editores, Revista Advocatus, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2015; BUSSO, Eduardo B. Obligaciones. Tomo IV. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1951; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la Responsabilidad Civil. Sexta edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos.

Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual. En: Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo). Tomo I. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La regla del favor debitoris y la reforma del Libro VI del Código Civil. En: Reforma del Código Civil peruano. Gaceta Jurídica, Lima, 1988; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español, común y foral. V. IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. Reus, Madrid, 1977; CORRAL TALCIANI, Hernán. La reducción de la cláusula penal excesiva en el Derecho Civil de los países del Cono Sur. En: Contratación privada. Jurista Editores, Lima, 2002; DE LUCA, Massimiliano. La clausola penale. Collana Il Diritto Privatto Oggi (Serie a cura di Paolo Cendon). Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1998; DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944; DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Cuarta edición. Tomo I. Tecnos, Madrid, 1993; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Volumen I. Tomo II. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950; ESPÍN ALBA, Isabel. La cláusula penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La cláusula penal". En: Themis, Revista de Derecho, N° 66. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria. Ara Editores, Lima, 2017; FERREIRO, Estela. Incumplimiento obligacional ("astreintes" y cláusula penal). La Rocca, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La cláusula penal: su régimen jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "La cláusula penal y la resolución de los contratos". En: "Revista Idearium. N° 4/5. Mendoza, 1979; LACRUZ BERDEJO, José Luis. Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. José María Bosch Editor, Barcelona, 1980; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones. Volumen I. Buenos Aires, 1947; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones modalidades y efectos. Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1956; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Vol. 1. WG Editor, Lima, 1992; LOBATO DE BLAS, Jesús María. La cláusula penal en el Derecho español. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona; MARINI, Annibale. La clausola penale. Collana Bibilioteca di Diritto Privato. Jovene Editore, Napoli, 1984; MARTÍNEZ COCO, Elvira. La cláusula penal y la capitalización de intereses. En: Ensayos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial San Marcos, Lima, 1997; MAZZARESE, Silvio. Clausola penale. Collana Il Codice Civile. Comentario. Diretto da Francesco D. Busnelli. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1999; OSTERLING PARODI, Felipe. La inmutabilidad de la cláusula penal. En: Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 22, N° 24 (ene-dic 1965); OSTERLING PARODI, Felipe. Obligaciones con cláusula penal. En: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Cultural Cuzco, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomos X a XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. Temis, Bogotá, 1982; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. ¿Mutabilidad o inmutabilidad? La desnaturalización de la cláusula penal en el Código Civil. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales Editora. Año LIII, Número 42 (enero de 2003); SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952; SÁNZ VIOLA, Ana María. La cláusula penal en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1994; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "Inmutabilidad de las penas convencionales en el Derecho peruano". En: InDret. 4/2005; STIGLITZ, J. El malestar en la globalización. Taurus, Buenos Aires, 2002; TALAVERA CANO, Andrés. "Regulando la intolerancia ante los incumplimientos contractuales". En: Ius et Veritas. N° 52. Lima, 2016.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Bajo la posibilidad de reducción, no es posible reclamar una obligación dineraria derivada de la cláusula penal

Si bien contiene una penalidad para el caso de incumplimiento de la empresa arrendataria, también la ley le reconoce a esta última, el derecho de pedir la reducción equitativa de la penalidad por ser manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida, según el artículo 1346 del Código Civil; pero que tal derecho no puede ser opuesto o reconocido en un proceso de ejecución de garantías, como en el presente caso, por las restricciones que le impone la ley; estableciendo que para no conculcar el derecho de aquel y se produzca un abuso del derecho, el proceso de ejecución de garantías no es una vía idónea para reclamar una obligación dineraria derivada de una cláusula penal, pues

para ello debe recurrirse a un proceso que permita el derecho de contradicción con mayor amplitud; por lo que, es evidente la inexigibilidad de la obligación demandada en el extremo de la penalidad demandada (Cas. N° 559-2002-Lima).

CORTES SUPERIORES

Es posible reclamar la cláusula penal en procesos de ejecución

{R}esulta evidente que el derecho del demandante fluye del referido contrato de compraventa con garantía hipotecaria, en cuya cláusula quinta se evidencia que las partes en litis han pactado el pago de cincuenta dólares americanos diarios por concepto de cláusula penal, el Colegiado estima que la penalidad pactada sí es susceptible de ser demandada en vía ejecutiva ello en atención a lo establecido en el inciso séptimo del artículo seiscientos noventa y tres del Código Procesal Civil, pudiendo el ejecutado, contra ello hacer uso de su derecho de defensa y de su contradicción de la forma como lo permite la normatividad procesal y sustantiva vigente, pudiendo el a quo hacer uso de la facultad prevista en el artículo mil trescientos cuarenta y seis del Código Civil (Exp. N° 331-2005, Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial).

Cláusula penal divisible

Artículo 1347.- ***Cada uno de los deudores o de los herederos del deudor está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible, aunque la obligación sea indivisible.***

Concordancias:
C.C. arts. 1172, 1173

WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO / ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

La presente norma nos introduce al estudio de la cláusula penal pactada respecto de obligaciones con sujeto plural, regulada en los artículos 1347 a 1350 del Código Civil. Estas normas abordan el problema interpretativo que se presenta en la cláusula penal cuando existe diferencia de naturaleza entre la obligación principal y la pena, esto es, cuando las condiciones de mancomunidad, solidaridad, divisibilidad o indivisibilidad de la obligación principal no necesariamente coinciden con las de la pena obligacional.

Coherente con las reglas generales que regulan las obligaciones divisibles e indivisibles, (artículos 1172 a 1204), las normas que regulan estas materias en relación a la cláusula penal (artículos 1347 a 1349) son un reflejo de las primeras.

Bajo este criterio, el artículo analizado regula el supuesto en que la obligación principal sea indivisible, pero la cláusula penal divisible; en este escenario, se establece que la penalidad no se verá influenciada por la indivisibilidad de la obligación principal, debiendo regirse por las normas propias de su naturaleza divisible.

Estos preceptos consignan igual doctrina que la acogida por el Código Civil de 1936. Así, por ejemplo, la norma bajo análisis tiene su antecedente inmediato en el artículo 1228 de dicho Código, el cual establecía que "sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal". Como se puede apreciar, este Código también hacía prevalecer la divisibilidad de la pena obligacional.

Desde luego puede sostenerse que la solución adoptada por el Código no sintoniza con el criterio de la accesoriedad de la cláusula penal. Sin embargo, hay que recordar que la naturaleza de las garantías no es necesariamente accesoria, recuérdese que ellas, bajo determinadas circunstancias, pueden tener existencia propia. En realidad, su carácter accesorio está vinculado más a su funcionalidad, es decir que solo opera en caso de incumplimiento de una obligación principal surgida antes o contemporáneamente a esta.

Por lo tanto, no se aplica aquí el famoso brocárdico: lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Contra lo expresado aquí, puede decirse que según el propio Código la cláusula penal tiene naturaleza indivisible, por así indicarlo el texto del artículo 1341 de nuestro Código, en cuanto permite establecer que la penalidad se debe siempre íntegramente. Ello encuentra sustento en la naturaleza de la pena obligacional, la cual, aun cuando consistiera en una prestación divisible (dinero, por ejemplo), siempre se deberá en su totalidad, sin que se admita división proporcional entre los obligados. Por consiguiente, la regla general es la indivisibilidad de la pena, sin embargo, la norma bajo análisis y las subsiguientes sobre la materia constituyen excepción a tales reglas.

Se ha dicho en abierta crítica a la regulación de la cláusula penal en nuestro Código que el legislador "inventa", tal es la palabra, el problema de la "divisibilidad" o "solidaridad" de la cláusula penal (¡como si la cláusula, en cuanto tal, fuera escindible!), y que tal postura no tiene precedentes en el Código Civil francés, ni en el brasileño (donde lo esencial, lógicamente, es la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación a la que se aplica la cláusula penal), ni en el italiano (LEÓN HILARIO, p. 16).

En efecto, tanto en el Derecho francés como en el italiano y, en general, en los ordenamientos que no regulan la naturaleza de la penalidad de manera separada, se aplica el principio de accesoriedad. Por tanto, en dichos ordenamientos la naturaleza de la pena obligacional será determinada atendiendo a la de la obligación principal.

Sin embargo, el legislador nacional ha optado por mantener la posibilidad que otorgaba el Código Civil de 1936 de que la cláusula penal pueda ser considerada independientemente de la naturaleza de la obligación principal. Es por ello que para nuestro Código Civil la naturaleza divisible o indivisible de la pena en las obligaciones con sujeto plural resulta preponderante al momento de determinar quién debe y cuánto debe.

Esta posición ya había sido defendida por León Barandiarán (p. 218) en sus comentarios al Código de 1936 al señalar que "por la naturaleza misma de la obligación con cláusula penal, cabe descomponer la misma en sus dos elementos integrantes: el objeto principal de la obligación y el objeto de la pena. No parece que se pueda dudar acerca de que debe haber alguna diferencia entre uno y otro objeto, pues ello está dentro de la naturaleza misma de la figura".

Para darle mayor fuerza a la pena, el citado autor plantea que esta "debe consistir siempre en una cantidad de dinero, debido a que ella es la predeterminación de los daños por incumplimiento o retardo; es la fijación convencional de los mismos, y estos se resuelven en pago de una cantidad pecuniaria. Una cláusula penal que no consista en dinero pierde gran parte de su utilidad. El deudor rebelde a cumplir la prestación principal se negará, las más de las veces, a cumplir con la pena, y será preciso entonces proceder a la ejecución forzosa contra el patrimonio del deudor y al resarcimiento en dinero; de tal modo que siempre se llega al mismo resultado, pero por un procedimiento complicado, que se evitará si la pena consiste en dinero" (LEÓN BARANDIARÁN, pp. 218 y 219).

Los efectos que generaría esta propuesta son sin duda beneficiosos; sin embargo, la realidad nos indica que el pacto de penalidades que no estén representadas por sumas de dinero son inevitables. En estos casos, la divisibilidad atendiendo a la naturaleza del objeto de la prestación puede resultar inviable.

Por otro lado, en la doctrina comparada se afirma que "en esta materia no rigen los efectos de la accesoriedad en cuanto a que la naturaleza de lo accesorio se determina por la naturaleza de lo principal. De allí que, en principio, la obligación de la cláusula penal se considera con independencia de la obligación principal en relación al cumplimiento por cada uno de los deudores" (BUSTAMANTE ALSINA, p. 183).

Esta opinión es compartida por Salvat (p. 23), Peirano Facio (p. 302) y Lafaille (p. 152), entre otros. Este último considera que existe una necesaria separación entre la obligación principal y la pena obligacional; de ahí que merezcan tratamiento aparte. Conforme hemos mencionado, tal es la opción adoptada por nuestro Código Civil.

Mas allá de estas consideraciones, del análisis del artículo 1347 pueden surgir las siguientes posibilidades (OSTERLING y CASTILLO, p. 2805):

- La primera, que la obligación principal y la penalidad sean divisibles. En tal caso, el criterio para el cumplimiento de ambas será la divisibilidad.
- Como segundo escenario se plantea que la obligación principal sea indivisible, mientras que la pena sea divisible; en cuyo caso, en aplicación de la norma bajo análisis, la penalidad deberá seguir el criterio de divisibilidad.

El principio que establece este artículo se encontraba sintetizado en el artículo 661 del anterior Código Civil argentino de 1869, y actualmente lo está en el artículo 799 del nuevo Código Civil y Comercial de 2014, en cuanto establece que "sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor no incurrirá en la pena sino en proporción de su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal". Conforme hemos indicado, la naturaleza divisible de la pena obligacional prevalecerá independientemente de las características de la obligación principal.

De este modo, se confirma lo inicialmente afirmado. La regulación de la cláusula penal con pluralidad de sujetos debe regirse por las normas generales sobre divisibilidad, indivisibilidad, mancomunidad y solidaridad del Código.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bosch, Barcelona, 1993; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, "El daño en las obligaciones dinerarias". En: Código Civil, estudios y propuestas. Asociación Civil ADV Editores, Revista Advocatus, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2015; BUSSO, Eduardo B. Obligaciones. Tomo IV. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1951; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la Responsabilidad Civil. Sexta edición actualizada. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual. En: Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo). Tomo I. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. La regla del favor debitoris y la reforma del Libro VI del Código Civil. En: Reforma del Código Civil peruano. Gaceta Jurídica, Lima, 1988; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil español, común y foral. V. IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. Reus, Madrid, 1977; CORRAL TALCIANI, Hernán. La reducción de la cláusula penal excesiva en el Derecho Civil de los países del Cono Sur. En: Contratación privada. Jurista Editores, Lima, 2002; DE LUCA, Massimiliano. La clausola penale. Collana Il Diritto Privatto Oggi (Serie a cura di Paolo Cendon). Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1998; DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944; DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Cuarta edición. Tomo I. Tecnos, Madrid, 1993; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Volumen I. Tomo II. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950; ESPÍN ALBA, Isabel. La cláusula penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La cláusula penal". En: Themis, Revista de Derecho, N° 66. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria. Ara Editores, Lima, 2017; FERREIRO, Estela. Incumplimiento obligacional ("astreintes" y cláusula penal). La Rocca, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La cláusula penal: su régimen jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "La cláusula penal y la resolución de los contratos". En: "Revista Idearium. N° 4/5. Mendoza, 1979; LACRUZ BERDEJO, José Luis. Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. José María Bosch Editor, Barcelona, 1980; LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones. Volumen I. Buenos Aires, 1947; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones modalidades y efectos. Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1956; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Vol. 1. WG Editor, Lima, 1992; LOBATO DE BLAS, Jesús María. La cláusula pénal en el Derecho español. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona; MARINI, Annibale. La clausola penale. Collana Bibilioteca di Diritto Privato. Jovene Editore, Napoli, 1984; MARTÍNEZ COCO, Elvira. La

cláusula penal y la capitalización de intereses. En: Ensayos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial San Marcos, Lima, 1997; MAZZARESE, Silvio. Clausola penale. Collana Il Codice Civile. Comentario. Diretto da Francesco D. Busnelli. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1999; OSTERLING PARODI, Felipe. La inmutabilidad de la cláusula penal. En: Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 22, N° 24 (ene-dic 1965); OSTERLING PARODI, Felipe. Obligaciones con cláusula penal. En: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez. Cultural Cuzco, Lima, 1988; OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomos X a XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. Temis, Bogotá, 1982; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. ¿Mutabilidad o inmutabilidad? La desnaturalización de la cláusula penal en el Código Civil. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales Editora. Año LIII, Número 42 (enero de 2003); SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952; SÁNZ VIOLA, Ana María. La cláusula penal en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1994; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "Inmutabilidad de las penas convencionales en el Derecho peruano". En: InDret. 4/2005; STIGLITZ, J. El malestar en la globalización. Taurus, Buenos Aires, 2002; TALAVERA CANO, Andrés. "Regulando la intolerancia ante los incumplimientos contractuales". En: Ius et Veritas. N° 52. Lima, 2016..

Cláusula penal indivisible

Artículo 1348.- ***Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer íntegramente la pena.***

Concordancias:
C.C. arts. 1175, 1177

ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

La presente norma regula el supuesto en que la pena obligacional es indivisible, estableciéndose que los obligados son todos los codeudores y, en caso de fallecimiento de alguno de ellos, sus herederos. En estos supuestos, la norma establece que cualquiera de los codeudores estará obligado al pago del íntegro de la pena.

Del análisis del artículo 1348 pueden surgir las siguientes posibilidades (OSTERLING y CASTILLO, p. 2806):

- Que tanto la obligación principal como la penalidad sean indivisibles. En tal supuesto, rige la indivisibilidad para ambas.
- De otro lado, en caso que la obligación principal sea divisible, mientras que la penalidad indivisible; esta última se cumplirá según los criterios de la indivisibilidad. La obligación principal, por su parte, deberá seguir las normas de divisibilidad, puesto que no resultaría válido sostener que la naturaleza de la pena (accesorio) podría influir en la obligación principal.

Por último, la referencia a la obligación del deudor de satisfacer el íntegro de la pena debe ser entendida como propia de la naturaleza de la penalidad que, por no ser susceptible de cumplimiento parcial, faculta al acreedor a exigir el íntegro a cualquiera de los codeudores. Esta disposición no implica en ningún caso la exclusión a la posibilidad de solicitar la reducción de la pena establecida por el artículo 1346 del Código.

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; DE LUCA, Massimiliano. La Clausola Penale. Collana Il Diritto Privatto Oggi (Serie a cura di Paolo Cendon). Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1998; DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Cuarta Edición. Tomo I. Editorial Tecnos, Madrid, 1993; ESPÍN ALBA, Isabel. La Cláusula Penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997; FERREIRÓS, Estela. Incumplimiento obligacional ("astreintes" y cláusula penal). La Rocca, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La Cláusula Penal: su régimen jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil Peruano. Obligaciones modalidades y efectos. Tomo II. Editorial Ediar S. A., Buenos Aires, 1956; LOBATO DE BLAS, Jesús María. La Cláusula Penal en el Derecho Español. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974; MARINI, Annibale. La Clausola Penale. Collana Bibilioteca di Diritto Privato. Jovene Editore, Napoli, 1984; MAZZARESE, Silvio. Clausola Penale. Collana Il Codice Civile. Comentario. Diretto Da Francesco D. Busnelli. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1999; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952; MOSSET ITURRASPE, Jorge. La Cláusula Penal. En: Revista del Notariado. Número 755. Buenos Aires, 1977; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomos X à XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PEIRANO FACIO, Jorge.

La Cláusula Penal. Temis, Bogotá, 1982; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. ¿Mutabilidad o Inmutabilidad? La Desnaturalización de la Cláusula Penal en el Código Civil. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales Editora. Año LIII, Número 42 (enero de 2003); SÁNZ VIOLA, Ana María. La Cláusula Penal en el Código Civil. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1994.

Cláusula penal solidaria y divisible

Artículo 1349.- *Si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.*

En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia.

Concordancias:
C.C. arts. 1183, 1187

ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

El artículo 1349 del Código Civil aborda el tema de la cláusula penal solidaria y divisible, estableciendo que los deudores deben pagarla en su integridad. No obstante, en caso se produjera la muerte de uno de los codeudores, la norma establece que la pena deberá ser pagada por sus herederos de manera mancomunada. De este modo, se respeta el principio de no transmisión de las obligaciones solidarias.

Esta norma tiene su antecedente en el segundo párrafo del artículo 1229 del Código Civil de 1936 el cual establecía que "si la obligación de la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los codeudores o de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.

Si fuera solidaria pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores".

Comentando este artículo, equivalente al artículo 1229 del Código de 1936, refiere León Barandiarán (pp. 222 y 223) que "la solidaridad del vínculo comprende el pago total de la pena, por cada una de las partes deudoras, pues como lo hemos advertido antes, esto último desciende del carácter mismo del título, ya que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal. Pero en lo que se refiere a los herederos de un deudor solidario, la pena se dividirá entre ellos, por aplicación de la regla propia de las obligaciones solidarias, que la solidaridad no trasciende a los herederos".

Añade el autor citado que "cierto es que el mismo solo habla del caso de los herederos; pero su interpretación integral conduce a que también funcione apropiadamente en el caso de varios deudores solidarios. La pena será debida íntegramente por cada uno de ellos. El carácter de la obligación principal se impone sobre la accesoria. No importa que la penal sea divisible; ella se deberá íntegramente por razón de la solidaridad del vínculo. (...) Sería ilógico pensar que pudiendo demandar por la totalidad de la prestación principal, en cambio tratándose de la penal, mera sustitutoria de aquella, no goce de igual derecho. ¿Por qué no? ¿Por el carácter divisible del objeto establecido como pena? Esta es accesoria; lo esencial es el título mismo de la obligación que determina, en el caso dado, la solidaridad" (LEÓN BARANDIARÁN, pp. 221y 222).

La aplicación de los principios de solidaridad a la norma bajo análisis no admite mayores comentarios que las opiniones citadas. Solo resta agregar que en cuanto a la reducción de la pena, cualquiera de los deudores puede solicitarla, resultando beneficiosa para todos, por considerarse hecha en defensa común de todos los codeudores. Por el contrario, en caso de que dicha reducción hubiera sido planteada respecto de solo uno de los acreedores, tal reducción no le será oponible al acreedor que no hubiese participado en el proceso (KEMELMAJER, pp. 134 y 135).

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; DE LUCA, Massimiliano. La Clausola Penale. Collana Il Diritto Privatto Oggi (Serie a cura di Paolo Cendon). Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1998; DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Cuarta Edición. Tomo I. Editorial Tecnos, Madrid, 1993; ESPÍN ALBA, Isabel. La Cláusula Penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997; FERREIRÓS, Estela. Incumplimiento obligacional ("astreintes" y cláusula penal). La Rocca, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La Cláusula Penal: su régimen jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil Peruano. Obligaciones modalidades y efectos. Tomo II. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1956; LOBATO DE BLAS, Jesús María. La Cláusula Penal en el Derecho Español. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974; MARINI, Annibale. La Clausola Penale. Collana Bibilioteca di Diritto Privato. Jovene Editore, Napoli, 1984; MAZZARESE, Silvio. Clausola Penale. Collana Il Codice Civile. Comentario. Diretto Da Francesco D. Busnelli. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1999; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952; MOSSET ITURRASPE, Jorge. La Cláusula Penal. En: Revista del Notariado. Número 755. Buenos Aires, 1977; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomos X a XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PEIRANO FACIO, Jorge. La Cláusula Penal. Temis, Bogotá, 1982; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. ¿Mutabilidad o Inmutabilidad? La Desnaturalización de la Cláusula Penal en el Código Civil. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales Editora. Año LIII, Número 42 (enero de 2003); SÁNZ VIOLA, Ana María. La Cláusula Penal en el Código Civil. José María Bosch Editor, Barcelona, 1994.

Derecho del codeudor no culpable

Artículo 1350.- ***Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena.***

Concordancias:
C.C. arts. 1180, 1195

ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

La presente norma que transcribe el artículo 1230 del Código Civil de 1936, se coloca en el supuesto en que la pena por ser solidaria o indivisible haya sido reclamada a uno o más de los codeudores que no hubiesen dado lugar al incumplimiento. En tal caso, la norma faculta para repetir lo pagado contra aquel que hubiese originado la aplicación de la pena.

Esta norma, fundada en un criterio de equidad, tiene aplicación independientemente de la naturaleza de la obligación principal, "porque el precepto solo se refiere a la penalidad pactada, mas no a la obligación principal, ya que el cumplimiento de esta se rige por las reglas analizadas al estudiar las obligaciones con pluralidad de sujetos" (OSTERLING y CASTILLO, p. 2824).

Según hemos indicado, es posible advertir que la norma se refiere al supuesto en que la pena obligacional haya sido reclamada tanto a los codeudores culpables como a los no culpables. En tal supuesto, nuestro ordenamiento ha previsto la posibilidad de repetir lo pagado contra el deudor cuya conducta haya precipitado la aplicación de la pena, en virtud de las relaciones internas de los codeudores.

Efectuados estos breves comentarios a los artículos sobre la cláusula penal, algunos temas quedan solamente planteados, los mismos que esperamos despierten inquietud por estudiar con mayor profundidad esta institución. En este espíritu, nos valemos de Basadre para concluir este breve estudio de la cláusula penal: "Hay temas para ser planteados y temas para ser agotados, temas que se horadan y temas que se vacían. El presente fue del primer grupo".

DOCTRINA

ALBALADEJO, Manuel. Tratado de Derecho Civil. Volumen II. Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1980; ALTERINI, Atilio Aníbal, et. al. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; DE LUCA, Massimiliano. La Clausola Penale. Collana Il Diritto Privatto Oggi (Serie a cura di Paolo Cendon). Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1998; DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Cuarta Edición. Tomo I. Editorial Tecnos, Madrid, 1993; ESPÍN ALBA, Isabel. La Cláusula Penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997; FERREIRÓS, Estela. Incumplimiento obligacional ("astreintes" y cláusula penal). La Rocca, Buenos Aires, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La Cláusula Penal: su régimen jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Internacional y Procesal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil Peruano. Obligaciones modalidades y efectos. Tomo II. Editorial Ediar S. A., Buenos Aires, 1956; LOBATO DE BLAS, Jesús María. La Cláusula Penal en el Derecho Español. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974; MARINI, Annibale. La Clausola Penale. Collana Bibilioteca di Diritto Privato. Jovene Editore, Napoli, 1984; MAZZARESE, Silvio. Clausola Penale. Collana Il Codice Civile. Comentario. Diretto Da Francesco D. Busnelli. Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1999; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952; MOSSET ITURRASPE, Jorge. La Cláusula Penal. En: Revista del Notariado. Número 755. Buenos Aires, 1977; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomos X

a XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003; PEIRANO FACIO, Jorge. La Cláusula Penal. Temis, Bogotá, 1982; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. ¿Mutabilidad o Inmutabilidad? La Desnaturalización de la Cláusula Penal en el Código Civil. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales Editora. Año LIII, Número 42 (enero de 2003); SÁNZ VIOLA, Ana María. La Cláusula Penal en el Código Civil. José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1994.

ÍNDICE GENERAL

Índice general

Autores de este tomo 5

LIBRO VI
DERECHO DE OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA
LAS OBLIGACIONES Y SUS MODALIDADES

TÍTULO I
OBLIGACIONES DE DAR

ARTÍCULO 1132 Principio de identidad en la obligación de dar bien cierto
Luciano Barchi Velaochaga 11

ARTÍCULO 1133 Deber de información sobre conjunto de bienes ciertos
Luciano Barchi Velaochaga 20

ARTÍCULO 1134 Alcances de la obligación de dar bien cierto
Luciano Barchi Velaochaga 22

ARTÍCULO 1135 Concurrencia de acreedores de un bien inmueble
Luciano Barchi Velaochaga 24

ARTÍCULO 1136 Concurrencia de acreedores de un bien mueble
Luciano Barchi Velaochaga 31

ARTÍCULO 1137 Pérdida del bien
Luciano Barchi Velaochaga 33

ARTÍCULO 1138 Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto
Luciano Barchi Velaochaga 36

ARTÍCULO 1139 Presunción de culpa por pérdida o deterioro del bien
Luciano Barchi Velaochaga 39

ARTÍCULO 1140 Pérdida del bien en obligación proveniente de delito o falta
Luciano Barchi Velaochaga 40

ARTÍCULO 1141 Gastos de conservación
Luciano Barchi Velaochaga 41

ARTÍCULO 1142 Obligación de dar bien incierto
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 42

ARTÍCULO 1143 Reglas para la elección de bien incierto
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 55

ARTÍCULO 1144 Plazo para la elección y personas que deben practicarla
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 64

ARTÍCULO 1145 Irrevocabilidad de la elección
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 66

ARTÍCULO 1146 Individualización del bien
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 69

ARTÍCULO 1147 Aplicación de reglas sobre bienes ciertos
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 75

TÍTULO II
OBLIGACIONES DE HACER

ARTÍCULO 1148 Plazo y modo de la ejecución
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 78

ARTÍCULO 1149 Prestación por persona distinta al deudor
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 87

ARTÍCULO 1150 Acciones del acreedor ante el incumplimiento
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 92

ARTÍCULO 1151 Cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por culpa del deudor
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 101

ARTÍCULO 1152 Indemnización por incumplimiento
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 107

ARTÍCULO 1153 Cumplimiento parcial, tardío o defectuoso sin culpa de las partes
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 109

ARTÍCULO 1154 Imposibilidad de la prestación por culpa del deudor
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 111

ARTÍCULO 1155 Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 113

ARTÍCULO 1156 Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 115

ARTÍCULO 1157 Adquisición por el deudor de una indemnización de derechos como consecuencia de la inejecución de la prestación por culpa suya
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 117

TÍTULO III
OBLIGACIONES DE NO HACER

ARTÍCULO 1158 Derechos del acreedor por incumplimiento culposo
Walter Gutiérrez Camacho 119

ARTÍCULO 1159 Derecho de indemnización
Walter Gutiérrez Camacho 119

ARTÍCULO 1160 Normas aplicables a las obligaciones de no hacer
Walter Gutiérrez Camacho 119

TÍTULO IV
OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

ARTÍCULO 1161 Prestaciones alternativas
Eric Palacios Martínez / Joseph Mejía Guevara 127

ARTÍCULO 1162 Elección de la prestación alternativa
Joseph Mejía Guevara 133

ARTÍCULO 1163 Formas de realizar la elección
Eric Palacios Martínez / Joseph Mejía Guevara 137

ARTÍCULO 1164 Elección en la obligación de prestaciones periódicas
Joseph Mejía Guevara 141

ARTÍCULO 1165 Imposibilidad de la prestación cuando la elección corresponde al deudor
Eric Palacios Martínez 144

ARTÍCULO 1166 Imposibilidad de la prestación cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez
Joseph Mejía Guevara 151

ARTÍCULO 1167 Obligación alternativa simple
Eric Palacios Martínez / Joseph Mejía Guevara 156

ARTÍCULO 1168 Obligaciones facultativas
Eric Palacios Martínez 159

ARTÍCULO 1169 Extinción de la obligación facultativa cuando la prestación principal es nula o imposible
Eric Palacios Martínez / Joseph Mejía Guevara 163

ARTÍCULO 1170 Conversión de la obligación facultativa en simple
Eric Palacios Martínez / Joseph Mejía Guevara 163

ARTÍCULO 1171 Duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa
Joseph Mejía Guevara 167

TÍTULO V
OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

ARTÍCULO 1172 Principio de división de las deudas y créditos
Carlos Flores Alfaro 169

ARTÍCULO 1173 Presunción de división alícuota
Carlos Flores Alfaro 174

ARTÍCULO 1174 Inoponibilidad del beneficio de la división
Manuel Muro Rojo 178

ARTÍCULO 1175 Concepto de obligación indivisible
Carlos Flores Alfaro 183

ARTÍCULO 1176 Derechos del acreedor de obligación indivisa
Lucero Celeste Ramírez Izaguirre 187

ARTÍCULO 1177 Efectos de la indivisibilidad
Lucero Celeste Ramírez Izaguirre 190

ARTÍCULO 1178 Consolidación entre acreedor y uno de los deudores
Lucero Celeste Ramírez Izaguirre 192

ARTÍCULO 1179 Novación entre deudor y uno de los acreedores
Lucero Celeste Ramírez Izaguirre
Oreste Roca Mendoza 195

ARTÍCULO 1180 Conversión de obligación indivisible en obligación de indemnizar
Lucero Celeste Ramírez Izaguirre 198

ARTÍCULO 1181 Normas aplicables a las obligaciones indivisibles
Lucero Celeste Ramírez Izaguirre
Oreste Roca Mendoza 200

TÍTULO VI
OBLIGACIONES MANCOMUNADAS
Y SOLIDARIAS

ARTÍCULO 1182 Régimen legal de las obligaciones mancomunadas
Aníbal Torres Vásquez 203

ARTÍCULO 1183 Carácter expreso de la solidaridad
Eric Palacios Martínez 207

ARTÍCULO 1184 Modalidades de obligación solidaria
Luis Bardales Siguas 216

ARTÍCULO 1185 Pago del deudor en caso de solidaridad activa
Aníbal Torres Vásquez 222

ARTÍCULO 1186 Acción del acreedor contra cualquiera de los deudores. Solidaridad pasiva
Luis Bardales Siguas 224

ARTÍCULO 1187 Transmisión de obligación solidaria
Luis Bardales Siguas 230

ARTÍCULO 1188 Novación, compensación, condonación y transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios
Aníbal Torres Vásquez 236

ARTÍCULO 1189 Liberación y extinción parcial de la solidaridad
Luis Bardales Siguas 243

ARTÍCULO 1190 Extinción total o parcial de la solidaridad entre el deudor y uno de los acreedores
Luis Bardales Siguas 254

ARTÍCULO 1191 Extinción de la solidaridad por consolidación
Luis Bardales Siguas 270

ARTÍCULO 1192 Excepciones personales y comunes entre acreedores y deudores solidarios
Aníbal Torres Vásquez 276

ARTÍCULO 1193 Efectos de la sentencia judicial entre acreedores y deudores solidarios
Luis Bardales Siguas 279

ARTÍCULO 1194 Efectos de la mora en las obligaciones solidarias
Manuel Muro Rojo 286

ARTÍCULO 1195 Efectos del incumplimiento culpable de uno o varios codeudores
Manuel Muro Rojo 288

ARTÍCULO 1196 Efectos de la interrupción de la prescripción
Ricardo Geldres Campos 291

ARTÍCULO 1197 Efectos de la suspensión de la prescripción en las obligaciones solidarias
Ricardo Geldres Campos 293

ARTÍCULO 1198 Efectos de la renuncia a la prescripción
Ricardo Geldres Campos 295

ARTÍCULO 1199 Reconocimiento de deuda por un deudor solidario
Ricardo Geldres Campos 297

ARTÍCULO 1200 Renuncia del acreedor a la solidaridad
Ricardo Geldres Campos 299

ARTÍCULO 1201 Prorrateo de insolvencia de un codeudor
Ricardo Geldres Campos 302

ARTÍCULO 1202 Pérdida de la acción solidaria del acreedor
Ricardo Geldres Campos 304

ARTÍCULO 1203 Presunción de igualdad en la división de la obligación solidaria
Ricardo Geldres Campos 306

ARTÍCULO 1204 Insolvencia de codeudor
Ricardo Geldres Campos 310

TÍTULO VII
RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

ARTÍCULO 1205 Formalidad del reconocimiento
Luciano Barchi Velaochaga 312

TÍTULO VIII
TRASMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO ÚNICO
Cesión de derechos

ARTÍCULO 1206 Definición de cesión de derechos
Luciano Barchi Velaochaga 324

ARTÍCULO 1207 Formalidad de la cesión
Luciano Barchi Velaochaga 335

ARTÍCULO 1208 Cesión de derechos en controversia
Luciano Barchi Velaochaga 337

ARTÍCULO 1209 Cesión del derecho a participar en patrimonio hereditario
Luciano Barchi Velaochaga 339

ARTÍCULO 1210 Ineficacia de la cesión
Luciano Barchi Velaochaga 354

ARTÍCULO 1211 Extensión de la cesión
Luciano Barchi Velaochaga 362

ARTÍCULO 1212 Garantía del derecho cedido
Luciano Barchi Velaochaga 368

ARTÍCULO 1213 Garantía de la solvencia del deudor
Luciano Barchi Velaochaga 376

ARTÍCULO 1214 Cesión legal
Luciano Barchi Velaochaga 381

ARTÍCULO 1215 Inicio de los efectos de la cesión
Luciano Barchi Velaochaga 382

ARTÍCULO 1216 Excepción a la liberación del deudor por cumplimiento de la prestación
Luciano Barchi Velaochaga 388

ARTÍCULO 1217 Derogado 390

SECCIÓN SEGUNDA
EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1218 Transmisión de las obligaciones
Manuel Muro Rojo 391

ARTÍCULO 1219 Derechos y acciones del acreedor como efecto de las obligaciones
Giovanni Priori Posada 394

TÍTULO II
PAGO

CAPÍTULO PRIMERO
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1220 Integridad del pago
Walter Gutiérrez Camacho 404

ARTÍCULO 1221 Indivisibilidad del pago
Walter Gutiérrez Camacho / Alfonso Rebaza González .. 408

ARTÍCULO 1222 Pago realizado por tercera persona
Eric Palacios Martínez 411

ARTÍCULO 1223 Aptitud legal para efectuar el pago
Hugo Forno Flórez 422

ARTÍCULO 1224 Aptitud legal para recibir el pago
Hugo Forno Flórez 427

ARTÍCULO 1225 Pago al acreedor aparente
Eric Palacios Martínez 431

ARTÍCULO 1226 Presunción en favor del portador de un recibo
Eric Palacios Martínez 436

ARTÍCULO 1227 Pago al incapaz
Eric Palacios Martínez
Juan Carlos Gutiérrez Azabache 439

ARTÍCULO 1228 Ineficacia del pago por notificación judicial
Jorge Beltrán Pacheco 443

ARTÍCULO 1229 Prueba del pago
Jorge Beltrán Pacheco 446

ARTÍCULO 1230 Retención del pago
Jorge Beltrán Pacheco 448

ARTÍCULO 1231 Presunción de pago de cuotas anteriores
Jorge Beltrán Pacheco 450

ARTÍCULO 1232 Presunción de pago de intereses
Jorge Beltrán Pacheco 451

ARTÍCULO 1233 Entrega de títulos valores en obligaciones dinerarias
María Elena Guerra Cerrón 453

ARTÍCULO 1234 Principio nominalista
Luciano Barchi Velaochaga 463

ARTÍCULO 1235 Principio valorista
Luciano Barchi Velaochaga 468

ARTÍCULO 1236 Cálculo del valor del pago
Luciano Barchi Velaochaga 473

ARTÍCULO 1237 Pago en moneda extranjera
Luciano Barchi Velaochaga 477

ARTÍCULO 1238 Lugar de pago
Joseph Mejía Guevara 482

ARTÍCULO 1239 Variación de domicilio
Joseph Mejía Guevara 487

ARTÍCULO 1240 Plazo para el pago
Joseph Mejía Guevara 490

ARTÍCULO 1241 Gastos del pago
Joseph Mejía Guevara 494

CAPÍTULO SEGUNDO
Pago de intereses

ARTÍCULO 1242 El interés y sus clases
Carlos E. Polanco Gutiérrez 497

ARTÍCULO 1243 Tasa máxima del interés convencional
Carlos E. Polanco Gutiérrez 505

ARTÍCULO 1244 Tasa de interés legal
Carlos E. Polanco Gutiérrez 510

ARTÍCULO 1245 Pago de interés legal a falta de pacto
Carlos E. Polanco Gutiérrez 514

ARTÍCULO 1246 Pago del interés por mora
Carlos E. Polanco Gutiérrez 517

ARTÍCULO 1247 Interés en obligación no pecuniaria
Carlos E. Polanco Gutiérrez 521

ARTÍCULO 1248 Intereses en obligaciones consistentes en títulos valores
Carlos E. Polanco Gutiérrez 523

ARTÍCULO 1249 La prohibición del anatocismo
Carlos E. Polanco Gutiérrez 525

ARTÍCULO 1250 Capitalización de intereses después de contraerse la obligación
Carlos E. Polanco Gutiérrez 535

CAPÍTULO TERCERO
Pago por consignación

ARTÍCULO 1251 Requisitos para el pago por consignación
Marianella Ledesma Narváez 537

ARTÍCULO 1252 Ofrecimiento judicial o extrajudicial
Marianella Ledesma Narváez 540

ARTÍCULO 1253 Ofrecimiento judicial de pago, consignación y oposición
Marianella Ledesma Narváez 543

ARTÍCULO 1254 Validez del pago con efecto retroactivo
Marianella Ledesma Narváez 545

ARTÍCULO 1255 Desistimiento del pago ofrecido
Marianella Ledesma Narváez 549

CAPÍTULO CUARTO
Imputación del pago

ARTÍCULO 1256 Definición
Fernando Vidal Ramírez 552

ARTÍCULO 1257 Orden de la imputación convencional
Fernando Vidal Ramírez 555

ARTÍCULO 1258 Imputación por el acreedor
Fernando Vidal Ramírez 557

ARTÍCULO 1259 Imputación legal
Fernando Vidal Ramírez 559

CAPÍTULO QUINTO
Pago con subrogación

ARTÍCULO 1260 Subrogación legal
Manuel Alberto Torres Carrasco 561

ARTÍCULO 1261 Subrogación convencional
Manuel Alberto Torres Carrasco 567

ARTÍCULO 1262 Efectos de la subrogación
Manuel Alberto Torres Carrasco 572

ARTÍCULO 1263 Efectos de la subrogación en las obligaciones indivisibles o solidarias
Manuel Alberto Torres Carrasco 575

ARTÍCULO 1264 Subrogación parcial
Manuel Alberto Torres Carrasco 577

CAPÍTULO SEXTO
Dación en pago

ARTÍCULO 1265 Definición
Luis Moisset de Espanés 578

ARTÍCULO 1266 Reglas aplicables a la dación en pago
Luis Moisset de Espanés 578

CAPÍTULO SÉPTIMO
Pago indebido

ARTÍCULO 1267 Definición y efectos del pago indebido
Raúl Ferrero Costa 585

ARTÍCULO 1268 Pago recibido de buena fe. Excepción al deber restitutorio
Raúl Ferrero Costa 588

ARTÍCULO 1269 Pago indebido recibido de mala fe
Jorge Beltrán Pacheco 590

ARTÍCULO 1270 Enajenación del bien recibido como pago indebido de mala fe
Jorge Beltrán Pacheco 592

ARTÍCULO 1271 Restitución de intereses o frutos por pago indebido de buena fe
Jorge Beltrán Pacheco 595

ARTÍCULO 1272 Enajenación del bien recibido como pago indebido de buena fe
Jorge Beltrán Pacheco 597

ARTÍCULO 1273 Carga de la prueba del error
Jorge Beltrán Pacheco 600

ARTÍCULO 1274 Prescripción de la acción
Jorge Beltrán Pacheco 604

ARTÍCULO 1275 Casos de improcedencia de la repetición
Jorge Beltrán Pacheco 607

ARTÍCULO 1276 Reglas del pago indebido a las obligaciones de hacer y de no hacer
Jorge Beltrán Pacheco 609

TÍTULO III
NOVACIÓN

ARTÍCULO 1277 Definición
Manuel Muro Rojo 612

ARTÍCULO 1278 Novación objetiva
Manuel Muro Rojo 616

ARTÍCULO 1279 Actos que no producen novación
Federico Mesinas Montero 618

ARTÍCULO 1280 Novación subjetiva activa
Manuel Muro Rojo 621

ARTÍCULO 1281 Novación subjetiva pasiva por delegación
Vládik Aldea Correa 623

ARTÍCULO 1282 Novación subjetiva pasiva por expromisión
Vládik Aldea Correa 628

ARTÍCULO 1283 Intrasmisibilidad de las garantías a la nueva obligación
Manuel Muro Rojo 631

ARTÍCULO 1284 Novación en la obligación sujeta a condición suspensiva
Manuel Muro Rojo 634

ARTÍCULO 1285 Novación en la obligación sujeta a condición resolutoria
Manuel Muro Rojo 634

ARTÍCULO 1286 Nulidad y anulabilidad de la obligación primitiva. Consecuencias
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 637

ARTÍCULO 1287 Nulidad y anulabilidad de la nueva obligación. Consecuencias
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 642

TÍTULO IV
COMPENSACIÓN

ARTÍCULO 1288 Definición
Eric Palacios Martínez 644

ARTÍCULO 1289 Oponibilidad de la compensación
Eric Palacios Martínez 651

ARTÍCULO 1290 Prohibición de la compensación
Eric Palacios Martínez 654

ARTÍCULO 1291 Oponibilidad de la compensación por el garante
Oswaldo Hundskopf Exebio 660

ARTÍCULO 1292 Inoponibilidad de la compensación
Oswaldo Hundskopf Exebio 662

ARTÍCULO 1293 Imputación legal de la compensación
Oswaldo Hundskopf Exebio 665

ARTÍCULO 1294 Intangibilidad de los derechos adquiridos por efecto de la compensación
Oswaldo Hundskopf Exebio 667

TÍTULO V
CONDONACIÓN

ARTÍCULO 1295 La condonación: definición, prueba y efecto
Vládik Aldea Correa 669

ARTÍCULO 1296 Efectos de la condonación a uno de los garantes
Vládik Aldea Correa 674

ARTÍCULO 1297 La condonación presunta
Vládik Aldea Correa 677

ARTÍCULO 1298 Presunción de devolución voluntaria de la prenda
Manuel Alberto Torres Carrasco 682

ARTÍCULO 1299 Condonación de la prenda
Manuel Annnnlberto Torres Carrasco 682

TÍTULO VI
CONSOLIDACIÓN

ARTÍCULO 1300 Alcances de la consolidación
Luis Aliaga Huaripata 686

ARTÍCULO 1301 Efectos del cese de la consolidación
Luis Aliaga Huaripata 689

TÍTULO VII
TRANSACCIÓN

ARTÍCULO 1302 Concepto de transacción
Walter Vásquez Rebaza 691

ARTÍCULO 1303 Contenido de la transacción
Walter Vásquez Rebaza 691

ARTÍCULO 1304 Forma de la transacción
Walter Vásquez Rebaza / Francisco Zegarra Valencia .. 738

ARTÍCULO 1305 Derechos objeto de la transacción
Enrique Varsi Rospigliosi 752

ARTÍCULO 1306 Transacción sobre responsabilidad civil
Ever A. Medina Cabrejos 758

ARTÍCULO 1307 Transacción de ausentes e incapaces
Manuel Muro Rojo 762

ARTÍCULO 1308 Transacción de obligación nula o anulable
Rómulo Morales Hervias 765

ARTÍCULO 1309 Transacción sobre nulidad o anulabilidad de obligación sujeta a litigio
Rómulo Morales Hervias 770

ARTÍCULO 1310 Indivisibilidad de la transacción
Federico Mesinas Montero 772

ARTÍCULO 1311 La suerte como medio de transacción
Federico Mesinas Montero 776

ARTÍCULO 1312 Ejecución de la transacción judicial y extrajudicial
Martín Hurtado Reyes 779

TÍTULO VIII
MUTUO DISENSO

ARTÍCULO 1313 Definición de mutuo disenso
Rómulo Morales Hervias 791

TÍTULO IX
INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1314 Inimputabilidad en la inejecución de obligaciones
Gastón Fernández Cruz 795

ARTÍCULO 1315 Caso fortuito o fuerza mayor
Gastón Fernández Cruz / Leysser León Hilario 817

ARTÍCULO 1316 Imposibilidad sobreviniente
Yuri Vega Mere 831

ARTÍCULO 1317 Incumplimiento no imputable
Yuri Vega Mere 836

ARTÍCULO 1318 Dolo
Yuri Vega Mere 841

ARTÍCULO 1319 Culpa inexcusable
Yuri Vega Mere 844

ARTÍCULO 1320 Culpa leve
Yuri Vega Mere 844

ARTÍCULO 1321 Factor atributivo de responsabilidad. Quantum indemnizatorio
Javier Pazos Hayashida 849

ARTÍCULO 1322 Indemnización del daño moral
Javier Pazos Hayashida 859

ARTÍCULO 1323 Incumplimiento de pago de prestaciones periódicas
Manuel Muro Rojo 866

ARTÍCULO 1324 Incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero
Eric Palacios Martínez 869

ARTÍCULO 1325 Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por tercero
Carlos Mispireta Gálvez 874

ARTÍCULO 1326 Concurrencia del acreedor en la producción del daño
Carlos Mispireta Gálvez 878

ARTÍCULO 1327 Liberación del resarcimiento
Jorge Beltrán Pacheco 880

ARTÍCULO 1328 Nulidad de estipulaciones sobre exoneración y limitación de responsabilidad
Mario Zúñiga Palomino 883

ARTÍCULO 1329 Presunción de culpa leve del deudor
Jorge Beltrán Pacheco 887

ARTÍCULO 1330 Prueba del dolo o culpa inexcusable
Jorge Beltrán Pacheco 915

ARTÍCULO 1331 Prueba de los daños y perjuicios
Jorge Beltrán Pacheco 918

ARTÍCULO 1332 Valorización equitativa del resarcimiento
Jorge Beltrán Pacheco 922

CAPÍTULO SEGUNDO
Mora

ARTÍCULO 1333 Sistemas de constitución en mora
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 927

ARTÍCULO 1334 Constitución en mora por requerimiento judicial
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 967

ARTÍCULO 1335 Mora en las obligaciones recíprocas
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 977

ARTÍCULO 1336 Responsabilidad del deudor en caso de mora
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 980

ARTÍCULO 1337 Pérdida de utilidad de la obligación producto de la mora del deudor
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 986

ARTÍCULO 1338 Mora del acreedor
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 988

ARTÍCULO 1339 Indemnización por mora del acreedor
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 1000

ARTÍCULO 1340 Asunción del riesgo por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación
Felipe Osterling Parodi / Mario Castillo Freyre 1004

CAPÍTULO TERCERO
Obligaciones con cláusula penal

ARTÍCULO 1341 Función indemnizatoria de la cláusula penal
Walter Gutiérrez Camacho / Alfonso Rebaza González .. 1008

ARTÍCULO 1342 Pena acumulativa
Walter Gutiérrez Camacho / Alfonso Rebaza González .. 1018

ARTÍCULO 1343 Simplificación probatoria de los daños
Walter Gutiérrez Camacho / Alfonso Rebaza González .. 1024

ARTÍCULO 1344 Oportunidad de estipulación de la cláusula penal
Walter Gutiérrez Camacho / Alfonso Rebaza González .. 1028

ARTÍCULO 1345 Carácter accesorio
Walter Gutiérrez Camacho / Alfonso Rebaza González .. 1030

ARTÍCULO 1346 Mutabilidad relativa de la pena
Walter Gutiérrez Camacho / Alfonso Rebaza González .. 1033

ARTÍCULO 1347 Cláusula penal divisible
Walter Gutiérrez Camacho / Alfonso Rebaza González .. 1045

ARTÍCULO 1348 Cláusula penal indivisible
Alfonso Rebaza González 1049

ARTÍCULO 1349 Cláusula penal solidaria y divisible
Alfonso Rebaza González 1051

ARTÍCULO 1350 Derecho del codeudor no culpable
Alfonso Rebaza González 1053

Este libro se terminó de imprimir
en julio de 2020 en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto Nº 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú