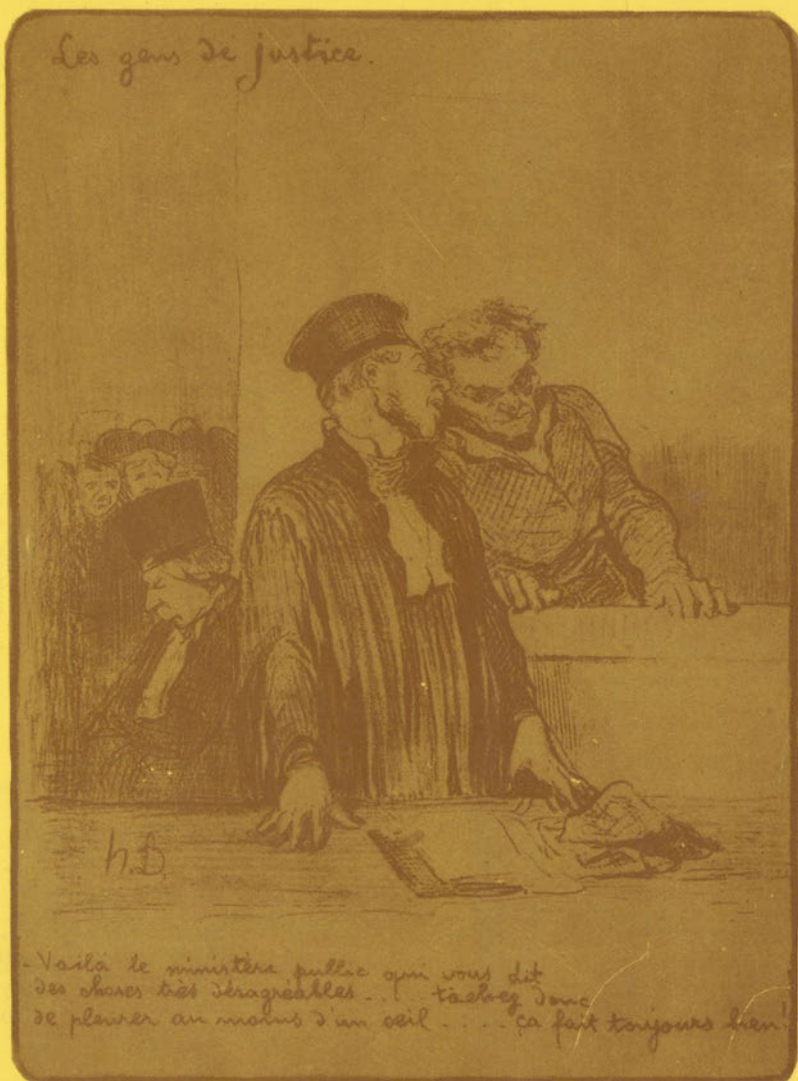


FELIPE OSTERLING PARODI

LAS OBLIGACIONES



Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL

VOL. VI



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

FONDO EDITORIAL 1988

Difundir los alcances del Código Civil de 1984 es tarea que corresponde a todos los juristas, sean maestros universitarios, magistrados o abogados en ejercicio. Pero esa labor compete fundamentalmente, por imperativos cívicos ineludibles, a quienes integraron la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 y formularon el Proyecto del nuevo Código hoy en vigencia.

Felipe Osterling Parodi, Presidente de dicha Comisión desde principios de la década del setenta, ex-Ministro de Justicia, maestro universitario y abogado en ejercicio, tuvo a su cargo la ponencia sobre el Libro VI del Proyecto, denominado *Las Obligaciones*. Es en tal condición que colabora en la Biblioteca *Para leer el Código Civil*, explicando el sentido de los preceptos sobre el Derecho de Obligaciones en el Código Civil de 1984 y las modificaciones introducidas respecto del Código anterior de 1936.

La obra es de divulgación. Ella está destinada a los estudiosos de las ciencias jurídicas.

FE

7, 260, 2

PARA LEER EL CODIGO CIVIL, VOL. VI

LAS OBLIGACIONES

LAS OBLIGACIONES

SIN RITECH

PARA LEER EL CODIGO CIVIL

VOL. VI



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Fondo Editorial 1982

FELIPE OSTERLING PARODI

Con la colaboración de
Carlos Cárdenas Quirós

LAS OBLIGACIONES

BIBLIOTECA

PARA LEER EL CODIGO CIVIL

VOL. VI



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
Fondo Editorial 1988

Primera edición, enero de 1988

LAS OBLIGACIONES

Cubierta: Grabado de Honoré Daumier

Las obligaciones. (Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. VI)

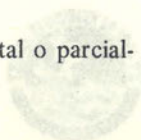
Copyright © 1988 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú. Tlf. 622540, Anexo 220.

Derechos reservados

ISBN 84-89292-84-1

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

Impreso en el Perú - Printed in Peru



Nota preliminar del autor	9
Introducción	19

SECCION PRIMERA

LAS OBLIGACIONES Y SUS MODALIDADES

TITULO I	Obligaciones de dar	39
TITULO II	Obligaciones de hacer	57
TITULO III	Obligaciones de no hacer	65
TITULO IV	Obligaciones alternativas y facultativas	69
TITULO V y VI	Obligaciones divisibles e indivisibles	83
	Obligaciones mancomunadas y solidarias	89
TITULO VII	Reconocimiento de las obligaciones	107
TITULO VIII	Transmisión de las obligaciones	109
	CAPITULO UNICO Cesión de derechos	109

SECCION SEGUNDA

EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

TITULO I	Disposiciones generales	119
TITULO II	Pago	123
	CAPITULO PRIMERO Disposiciones generales	124

	CAPITULO SEGUNDO Pago de intereses	139
	CAPITULO TERCERO Pago por consignación	145
	CAPITULO CUARTO Imputación del pago	149
	CAPITULO QUINTO Pago con subrogación	152
	CAPITULO SEXTO Dación en pago	157
	CAPITULO SEPTIMO Pago indebido	159
TITULO III	Novación	167
TITULO IV	Compensación	175
TITULO V	Condonación	181
TITULO VI	Consolidación	185
TITULO VII	Transacción	187
TITULO VIII	Mutuo disenso	195
TITULO IX	Inejecución de obligaciones	197
	CAPITULO PRIMERO Disposiciones generales	197
	CAPITULO SEGUNDO Mora	218
	CAPITULO TERCERO Obligaciones con cláusula penal	224

NOTA PRELIMINAR DEL AUTOR

Por Decreto Supremo de 1^o de marzo de 1965 se constituyó la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil.

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

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

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

El Código vigente en aquella época, redactado por una pléyade de juristas y maestros insignes, era, a juicio de la Comisión, lacónico, excesivamente lacónico. Numerosas normas de ese Código sólo estaban al alcance de jueces y abogados y, ocasionalmente, de juristas especializados en la materia. El Código de 1936 fue técnico y virtuoso, pero a menudo inalcanzable—por la

parquedad de sus preceptos—por las personas cuyos derechos y obligaciones él regía. Se había producido un contraste entre las reglas explícitas y pedagógicas del Código Civil de 1852 y las normas técnicas y sobrias del Código Civil de 1936. La Comisión deseó buscar un justo equilibrio entre ambos Códigos. Es verdad que la ley civil no se configura como un tratado o manual de Derecho. Pero ello no significa que sus preceptos sólo puedan estar al alcance de unos pocos. Aquí recojemos al apotegma del eminente *Manuel Augusto Olaechea*, quien expresaba que la ley debía enseñar.

Por último, cuando la Comisión, en 1979, preparaba el proyecto final de nuevo Código, luego de amplios diálogos y debates, de extensas reuniones, de éxitos y de sinsabores, se promulga la nueva Constitución Política que entró en plena vigencia el 28 de julio de 1980. Algunos preceptos constitucionales exigieron la adaptación de determinadas normas del Proyecto a ellos.

Cupo al autor de esta Nota Preliminar asumir la presidencia de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil a principios de la década del setenta y de desempeñar ese cargo hasta la promulgación del nuevo Código, el 24 de julio de 1984. Por un honroso e inmerecido privilegio del destino, el Proyecto de Código Civil fue presentado por el autor a los Presidentes de los Poderes Públicos en julio de 1981, cuando desempeñaba la función de Ministro de Justicia.

Fue *Max Arias Schreiber Pezet*, jurista y maestro de singulares calidades intelectuales, miembro de la Comisión desde el 1^o de marzo de 1965, quien por un merecido designio tuvo la honrosa misión, al promulgarse el nuevo Código, de refrendar la firma del Presidente Constitucional de la República arquitecto *Fernando Belaunde Terry*, un 24 de julio de 1984, cuando ostentaba el cargo de Ministro de Justicia.

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

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

El Código Civil de 1984, cuyo Proyecto, en la parte relativa al Derecho de Obligaciones, fue redactado por el autor, tiene estructura similar, en cuanto a su organización, a la del Código anterior de 1936. Se consideró, sin embargo, que el Derecho de Obligaciones, a diferencia de lo que ocurría con el Código de 1936, debía identificarse en un libro separado de las normas sobre el Acto Jurídico, la Responsabilidad Extracontractual, la Prescripción y la Caducidad, y los Contratos.

En efecto, el Código anterior agrupaba en el Libro Quinto, sobre Derecho de Obligaciones, materias vinculadas pero distintas. En la Sección Primera regía los Actos Jurídicos y, además, los Actos Ilícitos y la Prescripción Extintiva. Luego, en la Sección Segunda se refería a las Obligaciones y sus Modalidades y en la Sección Tercera a los Efectos de las Obligaciones. Y finalmente, en las Secciones Cuarta y Quinta trataba de la Parte General de los Contratos y de los Contratos Nominados, respectivamente.

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

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

Luego, en el Libro VII, bajo la denominación de Fuentes de las Obligaciones, se incorporan las reglas sobre los Contratos en General, los Contratos Nominados y la Responsabilidad Extracontractual, materia esta última tratada con el nombre de Acto Ilícito por el Código Civil de 1936.

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

Hemos mencionado la generalidad del Derecho de las Obligaciones. Las personas naturales y jurídicas permanentemente generan y extinguen obligaciones. Usualmente ello pasa inadvertido, porque tales obligaciones

sobreviven, en los actos propios de la vida cotidiana, tan sólo un momento, y sus consecuencias suelen ser irrelevantes. Nos referimos, por ejemplo, a la adquisición de bienes para el consumo doméstico o al transporte en vehículos públicos. Sin embargo, si quien al adquirir bienes para el consumo doméstico o usar un vehículo público sufre perjuicios en su salud o integridad, entonces la relación obligacional puede adquirir singular trascendencia al entrar en juego todos los mecanismos de la responsabilidad.

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

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

Pero el Derecho de Obligaciones no se agota dentro del propio Derecho Civil. El es mucho más amplio y se aplica, en rigor, a las demás ramas del Derecho, llámense Derecho Tributario, Derecho de Trabajo o Derecho Mercantil.

Este carácter general y la singular importancia de la teoría de las obligaciones ha inducido a algunos autores a decidir que ella debe integrarse en la Parte General del Derecho Civil. Según *Planiol y Ripert*, la organización de un Código Civil podría comenzar con la Teoría General de las Obligaciones, por estar comprendida en ella los principios más generales del Derecho.

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

Conviene aquí recordar que lo expuesto no constituye, en modo alguno, una crítica al Código Civil de 1936. Este Código, como hemos expresado, agrupó ordenadamente las normas sobre Obligaciones, a diferencia de su antecedente el Código Civil Peruano de 1852, que si bien organizó sistemáticamente lo relativo a la extinción de las obligaciones, no hizo lo mismo con sus modalidades, cuyas normas se confundieron con preceptos relativos a los

Contratos. Y esta confusión era criticable por la razón señalada, ya que si bien el Derecho de Obligaciones se aplica principalmente a los Contratos, que constituyen su fuente más fecunda, también se aplica a las demás materias del Derecho Civil y, en general, a las otras ramas del Derecho.

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

El Derecho Romano conserva influencia considerable en el Derecho de Obligaciones. Ello se explica, según *Raymundo Salvat*, por dos razones. La primera, porque las obligaciones y contratos constituyen la parte más abstracta de las instituciones civiles, aquellas cuyos caracteres difieren menos de un pueblo a otro; mientras que otras materias de Derecho Civil, como la organización de la familia, los regímenes hereditarios o la propiedad, tienen en cada país características y modalidades propias. Y la segunda, porque los jurisconsultos romanos, al elaborar la teoría de las obligaciones, alcanzaron el más alto grado de sabiduría y de perfección.

Esto no significa, por cierto, que la teoría de las obligaciones haya permanecido estacionaria o que el Derecho moderno sea copia literal de los textos romanos. En algunas materias ha habido transformaciones profundas. Por ejemplo, en la teoría de los derechos reconocidos al acreedor sobre la persona y bienes del deudor; o en el desarrollo de la culpa; en la transmisión de las obligaciones; o en el cumplimiento de las obligaciones por un tercero.

El otro tema se refiere a la vinculación del Derecho de Obligaciones con los Contratos.

Según *Henri, Leon y Jean Mazeaud*, la obligación es una relación jurídica pecuniaria entre personas. El Derecho de Obligaciones, afirman, integra así el derecho de los intereses egoístas, despojado de todas las consideraciones afectivas que otorgan un aspecto tan peculiar a los derechos de la personalidad y que moderan las relaciones jurídicas dentro de la familia.

Este criterio lo tomaron al pie de la letra los redactores del Código Francés de 1803 y del Código Civil Peruano de 1852. Se trata de Códigos individualistas, respetuosos al máximo de la libertad de la persona, que afirmaron con todo énfasis el principio de la autonomía de la voluntad. El artículo 1134 del Código Napoleón, con la influencia de la escuela liberal, establece que el contrato es ley entre las partes.

Se observa, en consecuencia, que tanto en el Código Francés de 1803, como en los Códigos que surgieron bajo su directa influencia durante el siglo pasado, el legislador se limitaba a establecer reglas supletorias destinadas a facilitar el comercio jurídico, las mismas que reposaban sobre la libertad presunta de los contratantes.

Pero estos principios absolutos ya no prevalecen.

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

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

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

Pero la crítica no sólo alcanza al denominado "legislador dirigista". Dos conflictos mundiales originan, en el Siglo XX, graves alteraciones sociales, políticas y económicas, que naturalmente repercuten en los contratos cuya ejecución se desplaza en el tiempo. Se producen severos desquiciamientos contractuales e institucionales que, afirma *Toulemon*, convierten al "legislador dirigista" en "legislador de emergencia". La intervención del legislador no está ya destinada a dictar la norma imperativa a la que deben someterse

los contratantes. El legislador no se limita a fijar las condiciones y efectos del contrato a concertarse. El "legislador de emergencia" empieza a regir los propios contratos vigentes. Moratorias, congelación de precios y arrendamientos, suspensión de acciones judiciales, resolución de los contratos en curso, son las características de estas nuevas corrientes legislativas. "Leyes de circunstancias" las llaman. La equidad, el interés social, el orden público, obligan al "legislador de emergencia" a dictar normas aplicables al contrato en curso. Equidad, interés social, son conceptos impregnados de principios morales, nociones subjetivas, cuyo ámbito de aplicación puede extenderse indefinidamente. Orden público, se expresa, empieza a ser todo aquello que el legislador califica como tal y, desde este punto de vista, casi nada escapa a su alcance. La difusión de estas "leyes de circunstancias" empieza a robustecerse. Su influencia es permanente y se siente en nuestro tiempo.

El "legislador de emergencia" no puede, sin embargo, prever todas las circunstancias que se suscitan. Las leyes se dictan para casos generales, no para casos concretos.

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

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

Es el principio *rebus sic stantibus*, que los canonistas de la Edad Media y los post-glosadores consideraron implícitamente incorporado en cada contrato. Es la excepción a la regla *pacta sunt servanda*, que permite la revisión del contrato cuando se modifican las situaciones de hecho existentes en la época de su celebración.

La primera resolución importante de la Corte de Casación Francesa, sobre esta materia, es dictada en el año 1876 en el caso *Capronne*. Esta resolución inspiró permanentemente a la Corte de Casación Francesa y constituyó el pensamiento definitivo de este Tribunal.

Capronne, un famoso ingeniero, recibió el encargo de construir un canal de regadío para ser aprovechado por los propietarios de los predios

colindantes. El plazo para el pago de las cuotas periódicas que debía abonar cada uno de esos propietarios era muy amplio. En el curso del contrato surge una circunstancia imprevista, la guerra de 1870, que produjo una notable desvalorización monetaria. *Capronne* recibiría, en cada cuota, moneda desvalorizada. Ello determinó que reclamara judicialmente un aumento de las cuotas pactadas.

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

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

El precedente del caso *Capronne* determinó que al estallar la primera guerra mundial, trastornándose las condiciones económicas y los precios, multiplicándose las alzas y las bajas imprevistas, los tribunales franceses se resistieron a aplicar la teoría de la imprevisión, considerando que ella no había sido consagrada, ni implícita ni explícitamente, por el texto legal.

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

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

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

El Poder Judicial italiano trabajó activamente con los mismos conceptos. Justamente la jurisprudencia y doctrina italianas conducen al legislador

de 1942 a consagrar con una expresión afortunada —“excesiva onerosidad de la prestación”— la fórmula legislativa de la teoría de la imprevisión.

Este texto legal significa, en buena cuenta, la existencia de un notable desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones, pues la prestación excesivamente onerosa supone, correlativamente, otra prestación insuficientemente onerosa. Y autoriza la revisión del contrato en curso cuando concurren las circunstancias que la ley señala. Es este principio italiano el que, con la misma denominación, ha sido incorporado en el nuevo Código Civil Peruano de 1984. El permite a los jueces, en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, reducir o aumentar la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

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

Esta Nota Preliminar ha tenido el propósito de exponer, con rasgos muy generales, la génesis del Código Civil de 1984; el trato legislativo al Derecho de Obligaciones; su generalidad, importancia y evolución; y el desarrollo del contrato como singular fuente eficiente de las obligaciones.

Una aclaración final. Este trabajo no es, sin duda, un tratado. Es tan sólo un manual. Su único propósito es explicar los cambios más importantes incorporados en el libro relativo al Derecho de Obligaciones del Código Civil de 1984, y de desarrollar ciertos temas que, en materia usualmente compleja, no dudamos que será de utilidad para todos aquellos que tienen vocación por el Derecho.

La obra es de divulgación. Aspiramos que acudan a ella quienes quieran conocer la fuente de los preceptos contenidos en el Código y sus alcances, dentro de las severas limitaciones propias de un trabajo de esta naturaleza.

Lima, noviembre de 1987.

Felipe Osterling Parodi

INTRODUCCION

Antecedentes

Constituye antecedente inmediato del Libro VI del Código Civil de 1984, dedicado al Derecho de Obligaciones, el Código Civil de 1936, cuyas bondades en la materia son relevantes.

Los preceptos de ese cuerpo legislativo se inspiraron básicamente en las normas del Código Civil de 1852 y en su fuente más importante, el Código Napoleónico, así como en el Código Civil Español, en el Colegio Alemán de 1900, en los Códigos Suizo, Argentino y Brasileño, y en el Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y Contratos.

El Derecho de Obligaciones constituye, sin duda, la parte más abstracta del Derecho Civil y es la que conserva mayor influencia del Derecho Romano, según se ha expresado en la Nota Preliminar. Al ser su modificación lenta y sus instituciones duraderas, se hacía imprescindible recurrir en consulta a los códigos civiles históricamente más relevantes. Es por esto que, en la redacción del Libro VI del Código Civil, se buscó y mantuvo contacto inmediato y constante con todos los Códigos y Proyectos —algunos de antigüedad considerable— arriba mencionados.

No obstante, también fueron tomadas en cuenta las normas de otros códigos civiles, proyectos y anteproyectos, tales como los Códigos Civiles Italianos de 1865 y 1942; los Códigos Civiles Austríaco, Boliviano, Colombiano, Chileno, Chino, Dominicano, Ecuatoriano, Egipcio, Etíope, Filipino, Griego, Hondureño, Húngaro, Libanés, Mejicano, Polaco, Portugués, Puertorriqueño, Ruso, Salvadoreño, Uruguayo y Venezolano; el Proyecto de Código Civil Peruano de 1891, el Proyecto Checoslovaco, el Proyecto Holandés,

el Proyecto Mazeaud, el Proyecto Rojina de Reformas al Código Civil Mexicano, el Proyecto Toro de Código Civil Boliviano y el Proyecto Sánchez de Bustamante de Código Civil Cubano; el Anteproyecto Brasileño de Código de las Obligaciones y el Anteproyecto Ossorio de Código Civil Boliviano. Muchas de las reglas incorporadas en el Libro VI del Código Civil de 1984 encuentran su origen en preceptos allí consignados.

El Libro VI, en suma, no destruye el rico pasado jurídico del Perú, ni disuelve o modifica sustancialmente sus instituciones; trata, simplemente, de perfeccionar el Código Civil de 1936 y de enriquecerlo con la experiencia de los cuarenta y ocho años que transcurrieron desde que entró en vigor. Por esta razón y a la luz de las realidades sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas del país, se han efectuado algunos cambios e innovaciones.

Sistemática

Hemos señalado que el Libro VI, relativo al Derecho de Obligaciones, se ciñe básicamente al ordenamiento del Libro Quinto del Código Civil de 1936; aun cuando constituye un libro independiente, a diferencia de su antecesor. En efecto, en el nuevo Código Civil, la materia que corresponde a las fuentes de las obligaciones, que en el Código de 1936 integraba el Libro Quinto, está tratada en un libro separado: el VII. Y también en otros libros las normas sobre los actos jurídicos y la prescripción y caducidad.

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

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

El Libro VI, a diferencia de su antecedente inmediato, incorpora en forma ordenada preceptos sobre la transmisión de las obligaciones; es así que dedica los artículos 1206 a 1217 a la cesión de derechos. Trata, además, del

pago de las obligaciones de dar sumas de dinero, del pago de intereses y de la mora del acreedor, como nuevas instituciones. Seguidamente se comentarán los alcances de estos cambios.

i) *Trasmisión de las obligaciones:*

Cesión de derechos

Las normas sobre la cesión de derechos integran el Capítulo Unico del Título VIII —sobre trasmisión de las obligaciones— de la Sección Primera del Libro VI del nuevo Código Civil.

Al optar por la expresión “cesión de derechos” y al ubicar esta figura jurídica en el libro sobre las Obligaciones, el legislador de 1984 se ha apartado de la impropia terminología utilizada por el Código Civil de 1936, que hablaba de “cesión de créditos”. El legislador trata ahora a esta figura, no como un contrato nominado, tal como lo hizo el Código anterior, sino como una modalidad obligacional consistente en ceder derechos, lo que se adecúa a su verdadera naturaleza.

La cesión de créditos no es sino una especie dentro de un género más amplio constituido por la cesión de derechos. Los derechos comprenden no sólo los créditos, esto es, los derechos de obligación de una persona respecto de otra, sino toda clase de derechos patrimoniales transferibles, siempre que no tengan por ley un procedimiento de traslación distinto.

Mediante la cesión se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, ya sea contractual —una compraventa, por ejemplo— o extracontractual —por ejemplo, la herencia o una disposición legal que así lo ordene.

Si se observan las normas del Código de 1984 sobre los contratos de compraventa y permuta de bienes inmuebles, se infiere que ellas regulan expresamente no sólo la transferencia de propiedad de tales bienes, sino también la transferencia de derechos, lo que pone de manifiesto que al ser dichos contratos consensuales y no traslativos, el título mediante el cual opera la transferencia del derecho es el respectivo contrato, y el modo de trasmisión es la cesión. En el caso de los bienes muebles, el título es el contrato de compraventa o de permuta y el modo de adquisición es la entrega.

Desde la perspectiva extracontractual, el título puede consistir en cualquier acto o situación a la que se reconozca la capacidad de generar la transferencia de derechos.

Como expresa *von Tuhr*, la cesión no constituye un contrato en sentido estricto, es decir, una convención creadora de obligaciones, sino un acto de disposición por medio del cual el derecho sale del patrimonio del cedente e ingresa en el patrimonio del cesionario.

Crédito —en su acepción jurídica y dentro de los diversos significados del vocablo—, es el derecho a recibir de otro alguna cosa, por lo general dinero; es la facultad de exigir el cumplimiento de una prestación (*Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual*). Esta acepción nos coloca ante la idea de un derecho subjetivo, entendiéndose por tal la facultad, poder o potestad individual de exigir, permitir o prohibir algo a los demás.

Messineo, en su *Manual de Derecho Civil y Comercial*, otorga al derecho subjetivo, entre otras características, la de ser una pretensión a la que otro —sujeto pasivo de una relación jurídica— se compromete de un modo determinado.

En la doctrina nacional, los más renombrados comentaristas del Código Civil de 1936 coinciden en la misma connotación para el vocablo “crédito”. *Angel Gustavo Cornejo (Código Civil-Exposición Sistemática y Comentario)* expresa que la palabra “crédito” incluye no sólo el derecho de cobrar una suma de dinero, sino cualquier derecho o acción contra tercero. *Jose León Barandiarán (Contratos en el Derecho Civil Peruano)* define al crédito como la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer.

Es oportuno aclarar que la cesión de derechos no debe confundirse con la cesión de posición contractual, prevista por los artículos 1435 a 1439. En este último caso el cesionario sustituye al cedente en todas las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas no ejecutadas total o parcialmente. En el primer caso mencionado, lo que se cede es sólo una o más de las prestaciones exigibles al deudor; además, los derechos cesibles no tienen que haberse originado, necesariamente, en un contrato.

Se trata, en suma, de definir la cesión —conforme lo hace la doctrina uniforme— como la renuncia o transmisión, gratuita u onerosa, que se hace de una cosa, crédito, acción o derecho a favor de otra persona. Y de dejar establecido, además, que ella puede efectuarse por venta, permuta, donación, legado o cualquier otro título eficaz.

Por ello, la cesión de derechos se legisla en el libro sobre Las Obligaciones del Código Civil de 1984 en forma similar a como lo hacen los Códigos Alemán (artículos 398 y siguientes), Suizo de las Obligaciones (artículos 164 y siguientes), Brasileño (artículos 1065 y siguientes), Italiano (artículos 1260 y siguientes), Mejicano (artículos 2029 y siguientes), Portugués (artículos 577 y siguientes) y Boliviano (artículos 384 y siguientes); así como el Anteproyecto Brasileño de Código de las Obligaciones (artículos 284 y siguientes).

ii) *Obligaciones de dar sumas de dinero*

El legislador de 1936 estableció en el título del pago —artículo 1249— las normas relativas a las obligaciones en moneda extranjera. Y, luego, en el título del mutuo —artículo 1581— reglas referentes al pago de las deudas de dinero. Tanto el texto como la ubicación del artículo 1581 citado, son inadecuados. El texto, porque si lo analizamos conjuntamente con el artículo 1584 vemos que consagra en forma poco clara e imprecisa la tesis nominalista, al adoptar una posición contraria a la del artículo 1817 del Código Civil de 1852, de marcada inspiración valorista. La ubicación, porque, en primer lugar, las obligaciones de dar sumas de dinero no son privativas del contrato de mutuo y, segundo, porque el lugar en el que se situó el precepto determinó que pudiera interpretarse que la ley peruana —basándose en la autonomía de la voluntad— permitía la adopción del principio valorista en todas las obligaciones de dar sumas de dinero, excepto en el contrato de mutuo.

Sobre la base de los lineamientos expuestos, se ha considerado preciso que las normas sobre obligaciones de dar sumas de dinero —tanto en moneda nacional como en moneda extranjera— se consignen en el título relativo al pago, y que, ante la disyuntiva “nominalista” o “valorista”, se opte por una posición clara y precisa.

La tesis nominalista, de antigua raigambre, tiene su expresión más significativa en el artículo 1895 del Código Francés. Ella responde al principio de que la fluctuación del valor de la prestación debida, entre la época en que se contrajo la obligación y la época de su cumplimiento, tiene que mantener intangible el monto numérico de dicha prestación, en forma tal, que el deudor se libere entregando la misma cantidad de unidades a que se obligó. El deudor estaría obligado sólo al pago de la suma numérica expresada en el contrato, sean cuales fueren las fluctuaciones de la moneda.

La teoría valorista, por su parte, determina que el deudor se libere mediante el pago de un número de unidades que tenga un poder adquisitivo equivalente al de aquél que se convino originalmente; es decir, que se mantiene el monto de la deuda en valores constantes. Para ello se recurre a índices de reajuste automático, tales como escalas móviles referidas al índice del costo de vida o al incremento salarial; o a bienes que soportan victoriosamente la depreciación de la moneda, tales como el oro, monedas extranjeras usualmente más sólidas que la estipulada o mercancías que no se envilecen.

Ante estas tesis contrapuestas, debe reconocerse que la posición nominalista se inspira en el ideal de que la moneda nacional mantenga su valor incólume, ideal que se encuentra profundamente arraigado en la conciencia colectiva. Incluso hoy, la nueva Constitución del Estado encomienda expresamente al Banco Central de Reserva del Perú la defensa de la estabilidad monetaria. Por otro lado, la posición nominalista recoge el principio de que las leyes monetarias son de orden público, que el valor de la moneda debe ser fijado por la ley y que su poder liberatorio, salvo por autorización expresa de la propia ley, no debe estar sujeto a pacto entre particulares, pactos éstos que en definitiva pueden contribuir a deteriorar su valor.

Explicaba el doctor Manuel Augusto Olaechea —autor del Proyecto del Libro Quinto del Código Civil de 1936— que la razón jurídica que sustenta la tesis nominalista radica en el hecho de que el Estado es el señor efectivo del tráfico monetario, que la moneda es una expresión estatal y que el derecho del Estado para regularla ha sido siempre indiscutible. Agregaba *Olaechea* que ningún gobierno declara por placer la desvalorización de la moneda, sino que ello ocurre por causa de calamidades de orden financiero. Razones de solidaridad —añadía— están por encima de todas las voluntades y determinan que tales devaluaciones deban soportarse y que nadie pueda sustraerse a ellas.

No obstante lo indicado, en la actualidad y a nivel mundial, es posible comprobar que el valor del dinero sufre modificaciones constantes; bien por la depreciación de la moneda, cuyo poder adquisitivo disminuye; bien por su revaluación o devaluación, que constituyen actos del poder público destinados a fijar una paridad con el oro o con otras monedas. Sin embargo, la intensidad de las modificaciones varía de acuerdo con las cambiantes circunstancias económicas del país. Por ello, no conviene adoptar como norma permanente y general una regla destinada a confrontar situaciones que idealmente deben ser excepcionales. Por princi-

pio corresponde, pues, optar por una posición nominalista; admitiendo sin embargo, por excepción, el pacto valorista.

Ahora bien, se cuestiona la fórmula valorista alegando que la actualización de una deuda pecuniaria no siempre conduce a situaciones equitativas y que, ante las depreciaciones o devaluaciones de la moneda, son las clases necesitadas quienes más sufren. Se afirma, también, que no parece razonable, en este orden de ideas, adoptar formulas jurídicas que, como el sistema valorista, podrían abrir las puertas para que de modo irrestricto se haga recaer todo el peso de la depreciación o devaluación de la moneda en los más débiles. Finalmente, se dice que la adopción del sistema valorista podría conducir a extremos peligrosos, pues deudores inexpertos pueden quedar a merced de agiotistas despiadados y que, por lo tanto, no resulta aconsejable consagrar una norma que reconozca permanencia perenne al problema inflacionario.

La tesis nominalista, sin embargo, presenta por su lado serias imperfecciones. Puede aducirse válidamente, a favor de la teoría valorista, que el nominalismo se presenta indiferente ante el caos de los signos fiduciarios; que el legislador puede atribuir a su moneda un valor legal, pero que no puede, en ningún caso, otorgarle un valor económico por encima de la realidad; y que, en consecuencia, no es admisible obligar al acreedor a recibir monedas por el nombre que les da el Estado y no por su esencia.

En atención a tales consideraciones es que el Código admite como regla de excepción el que las partes puedan acordar mantener en valor constante el monto de las deudas contraídas en moneda nacional. Parece imprescindible que acreedor y deudor estén facultados para pactar libremente obligaciones pecuniarias en valor constante. Ello se justificaría, por ejemplo, en aquellos casos en los que el deudor de la obligación de dar sumas de dinero recibiera, como contraprestación, bienes que no se deprecian o cuyo ritmo de depreciación es muy lento, que se revalúan o que mantienen su valor intrínseco. Es claro, en estas hipótesis, que la entrega diferida del mismo número de unidades de moneda nacional que el pactado, podría conducir a desequilibrios e injusticias, y que el acreedor se hallaría desamparado y sufriría grave empobrecimiento ante el correlativo enriquecimiento del deudor. Todo ello hace obligada, pues, la intervención del legislador para buscar los correctivos necesarios.

Conviene puntualizar que la solución que propone el Código de 1984 recoge la experiencia derivada de la aplicación de la Ley No. 23327

—promulgada el 24 de noviembre de 1981—, de inspiración valorista, que autorizaba el que las partes convinieran por escrito que el pago de deudas provenientes de préstamos de dinero en moneda nacional, a plazo no menor de un año, fuese referido al índice correspondiente de reajuste de las deudas que fijara el Banco Central de Reserva del Perú para las clases de operaciones que éste determinase. No obstante, la regla del nuevo Código Civil tiene un campo de aplicación sustancialmente más amplio que el contemplado por la Ley No. 23327, pues comprende, en general, a las obligaciones de dar sumas de dinero y no tan sólo a las derivadas del mutuo.

Al adoptar como regla general la posición nominalista y las soluciones previstas para el pago de las obligaciones en moneda extranjera —a las que inmediatamente se alude—, se ha tenido en cuenta que rigen en el Perú las leyes del curso legal y del curso forzoso. Por la primera, el deudor se libera de la obligación efectuando el pago en signos monetarios de circulación corriente. Por la segunda, el instituto emisor queda autorizado a no reembolsar su valor en oro. Ambos principios se encuentran consagrados en el primer párrafo del artículo 33 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, modificado por la Ley No. 23438 del 10 de junio de 1982. A la letra, dice el artículo 33, que “los billetes y las monedas que el Banco ponga en circulación deberán estar expresados en términos de la unidad monetaria del país, tendrán curso forzoso y servirán como medio de pago de toda deuda pública o privada, sin que obste pacto en contrario”.

Se ha tenido en cuenta, también, la diferencia sustancial existente cuando la moneda extranjera está *in obligatione* o sólo *in solutione*.

Al regular las obligaciones en moneda extranjera, el Código restringe dichos pactos a los casos no prohibidos por leyes especiales. El tráfico internacional, fundamentalmente, y las situaciones singulares que prevén la posibilidad de que se concierten obligaciones en moneda extranjera en el territorio de la República, obligan a legislar sobre las transacciones permitidas por la ley en esta moneda.

Se ha dicho que la regla genérica del Código respecto a las obligaciones en moneda nacional, impide utilizar, como medida de cálculo para efectuar el pago, el valor del oro, de una moneda extranjera, de bienes protegidos de la depreciación o devaluación o índices de reajuste automático. La moneda nacional está *in obligatione*, y el mismo número de unidades de moneda nacional debe estar *in solutione*. Tal afirmación es propia de la teoría nominalista.

Distinto es el caso en que la deuda originaria haya sido contraída en moneda extranjera. En esta hipótesis ella estaría *in obligatione*. Entonces el deudor, para satisfacer su crédito, tiene la obligación de pagar el mismo número de unidades de esa moneda extranjera que el originalmente pactado o, acogiéndose al curso legal de la moneda nacional, un número tal de unidades de esta moneda, que permita al acreedor adquirir el mismo número de unidades de moneda extranjera que el estipulado. El pago en moneda nacional por el deudor está *in facultate solutionis*, constituye una obligación facultativa.

Esta distinción es perfectamente válida y preside toda relación obligacional. Si la obligación consiste en una prestación distinta del dinero, el deudor estará obligado a entregar la especie y cantidad pactada —que está *in obligatione*—, con prescindencia de las alteraciones en su valor. En vía de ejemplo, nadie discutió la idoneidad del precepto contenido en el artículo 1579 del Código de 1936, según el cual el mutuario estaba obligado a satisfacer el valor que la cosa tuviera en el tiempo y lugar señalados para el pago, si no pudiera pagar en la misma cantidad y calidad; precepto que recoge, con algunas variaciones, el artículo 1661 del Código de 1984. Ello obedece a que tal prestación está *in obligatione* y que, *in solutione*, el deudor tiene la obligación o bien de satisfacerla o bien de reembolsar su valor al tiempo del pago, a fin de que el acreedor pueda proveerse de lo mismo que entregó. De acuerdo con este razonamiento, el artículo 1582 del Código de 1936 proscribía que se prestara dinero en mercaderías, porque el dinero hubiera estado, en definitiva, *in obligatione*, y se habría utilizado una unidad de valor —el de la mercadería— para efectuar el pago. Conviene indicar que la norma citada ha sido modificada en el Código de 1984. En efecto, el artículo 1665 establece que “cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa”.

Se advierte, en conclusión, que cuando la moneda nacional está *in obligatione*, el acreedor sólo tiene el derecho de exigir la restitución del mismo número de unidades que el pactado, cualesquiera que sean las fluctuaciones derivadas de depreciaciones, revaluaciones o devaluaciones. Lo mismo ocurre cuando la prestación está constituida por moneda extranjera o por bienes de otra clase; el deudor estará obligado a satisfacer tal prestación, que también está *in obligatione*, cualquiera que haya sido su fluctuación de valor por razones de orden económico.

En suma, el principio general recogido por el Código en materia de

obligaciones de dar sumas de dinero es nominalista; pero se admite, por excepción, que las partes acuerden fórmulas valoristas destinadas a evitar desajustes en las relaciones obligacionales que así lo requieran.

iii) *Pago de intereses*

A diferencia del Código de 1936, el nuevo Código Civil contempla reglas sobre el pago de intereses que son de aplicación general al cumplimiento de todo tipo de obligaciones, sean estas dinerarias o no dinerarias.

Sobre este tema, debatido en doctrina, indica *Messineo*, refiriéndose al mutuo, que “los intereses se deben (salvo pacto en contrario) aunque el objeto del mutuo sean cosas diversas del dinero, lo mismo que cuando se trate de mutuo pecuniario”.

Simonetto, citado por *José León Barandiarán* (*Contratos en el Derecho Civil Peruano, Tomo II, pág. 30*), apoyando el concepto, expresa que “la naturaleza jurídica y económica de los negocios de crédito, cualquiera que sea el *genus* que constituya el objeto, es siempre la misma y no hay razón alguna de exclusión. Aun en un mutuo de vino o de granos o de otro género hay siempre sustitución y diferimento. Hay desde luego la posibilidad que una obligación de restituir grano o vino u otro género se transforme en una obligación pecuniaria por efecto del artículo 1818. Así, si se piensa en aquéllo que comúnmente se llama la “fecundidad” de ciertos bienes, ello parece aún más evidente que para el dinero en algunos otros géneros tales como por ejemplo el grano de siembra. Mientras el dinero necesita de una transformación para que se consiga el bien deseado, los otros géneros pueden ser deseados como tales, directamente. Más aún, la fórmula usada por el legislador en la segunda parte del artículo se conforma con nuestro pensamiento; ella en efecto dice que ‘para la determinación de los intereses se observarán las disposiciones del artículo 1284’. Lo que hace pensar que el reenvío no se refiere sólo al cómputo del interés y no se ha querido limitar al dinero la cualidad de género “fecundo” en el sentido ahora considerado”.

No existe, pues, razón alguna para excluir a obligaciones que no tienen por objeto una suma de dinero del campo de aplicación de los intereses.

Ahora bien, no corresponde al Derecho explicar al fenómeno económico en cuya virtud una suma de dinero o cualquier otro bien pueda pro-

ducir frutos, es decir, "crear mediante su empleo y como compensación a las utilidades que procura, otro valor económico; el Derecho lo reconoce e interviene solamente en su regulación dictando normas para el caso en que, aun sin voluntad de las partes, una prestación deba producir intereses o limitando la libertad de los contratantes para impedir los abusos que pueda originar este fenómeno, como es, por ejemplo, la usura" (de Ruggiero).

El nuevo Código Civil se inspira —no podía ser de otro modo— en las consideraciones expuestas.

No se niega la licitud del interés, pero tampoco se opta por el sistema de la libertad absoluta en la fijación del interés convencional. Corresponderá al Banco Central de Reserva del Perú fijar no sólo la tasa del interés legal, sino también la tasa máxima del interés convencional moratorio o compensatorio, a fin de prevenir los excesos de la usura.

Se sanciona asr en el nuevo Código Civil un sistema en el cual están fijados los límites máximos del interés, que las partes no podrán superar.

iv) *Mora del acreedor*

Existe mora del acreedor, esto es, mora *accipiendi* o *credendi*, cuando sin motivo legítimo este rehúsa prestar el concurso necesario para el cumplimiento de la obligación o no acepta el pago.

Desde la perspectiva de las legislaciones vigentes, existen dos posiciones definidas. Una, la del Código Civil Francés y las que siguieron este modelo, que no regulan en forma ordenada y orgánica la mora del acreedor, sino que lo hacen a través de disposiciones dispersas, aplicables a casos concretos. En estas legislaciones el deudor, salvo en los casos especiales previstos, sólo tiene el recurso de consignar la prestación debida. La otra posición corresponde al Código Alemán, primer cuerpo legislativo que estatuye con orden y minuciosidad la mora *accipiendi*, cuya raíz se encuentra en el Derecho Romano.

El Código Civil de 1936 se adhirió a la tesis francesa. Existen en dicho Código disposiciones diseminadas sobre la mora del acreedor, pero la institución no ha sido prevista metódicamente, a diferencia de lo que ocurre con la mora del deudor. Por las razones que se aducen más adelante, se ha optado por consignar en el nuevo Código Civil, a conti-

nuación de la mora del deudor, preceptos sobre la mora del acreedor. Se utilizan como modelos, fundamentalmente, el Código Civil Alemán y el Código Civil Italiano de 1942.

Técnica del Libro VI del nuevo Código Civil

Al estudiar la técnica del Libro VI, aludiremos en particular a cada uno de los preceptos en él contenidos.

Respecto de la técnica, debe señalarse que el legislador de 1984 ha sido más explícito que el legislador de 1936, con el propósito de que se obtenga una mejor comprensión de materias que, por su naturaleza, son frecuentemente complejas.

Los artículos que integran el Libro VI —aunque mantienen la técnica del Código de 1936— desarrollan más extensamente algunas instituciones; pero evitan, hasta donde es aconsejable, el empleo de definiciones o el análisis de temas que en rigor deben ser tratados por la doctrina del Derecho Civil.

En ciertos casos se justifica que los Códigos tengan una función docente, aun a riesgo del peligro teórico de la inexactitud que puedan encerrar las definiciones y del peligro que supone circunscribir algunos aspectos de la vida jurídica al criterio de una época en particular, detalle este último que en muchas ocasiones ha impedido la flexibilidad de las normas. La decisión por la cual se ha optado en esta ocasión, queda justificada por la circunstancia de que nuestro medio adolece de una aguda carencia de educación jurídica.

Como con certeza lo ha apreciado el doctor Luis Echeopar García, “en un país como el Perú donde existe una población tan alejada de los centros de cultura jurídica y donde la masa tiene un nivel de educación muchas veces elemental, no debe prescindirse de las definiciones, como se hace únicamente en sistemas de excesiva tecnicidad, admisibles por excepción en medios de extraordinaria cultura no sólo jurídica sino también general”.

Por tanto, no carece de verdad la afirmación de que “las definiciones componen el lenguaje de la Ciencia Jurídica” y que “sin ellas no se podría conocer la genuina significación de los términos usados en la redacción”.

Es preciso, pues, que las normas se encuentren expuestas con toda nitidez, ya que son precisamente a esas normas a las cuales apelarán las partes para solucionar sus controversias.

No obstante que el Libro VI pretende mantener un orden lógico y tratar congruente y sucesivamente las instituciones del Derecho de Obligaciones, no se ha adoptado el sistema de consignar títulos en cada artículo. Se ha desechado mencionar el contenido de los distintos preceptos, no sólo por considerarlo innecesario, sino fundamentalmente porque tal mención podría no expresar en forma adecuada y cabal su contenido. El Libro VI y los demás Libros del Código Civil de 1984 se apartan, por ello, de legislaciones que siguen esa técnica y que los han inspirado, tales como los Códigos Civiles Italiano de 1942, Portugués de 1966 y Boliviano de 1976.

Es oportuno advertir, desde luego, que en el Derecho de Obligaciones prevalece básicamente la autonomía de la voluntad. Por ello, las normas del Libro básicamente la autonomía de la voluntad. Por ello, las normas del Libro VI son supletorias y admiten el pacto en contrario, salvo que se trate de reglas imperativas. La circunstancia de que sólo en algunos casos se emplee la expresión "salvo pacto en contrario", tiene el propósito de poner énfasis en la naturaleza de la situación jurídica regida por la norma; pero no significa que el pacto en contrario se descarte de otros preceptos del Libro VI que no incluyan tal expresión.

Causa de la Obligación

Consideramos imprescindible referirnos a los alcances de la causa como elemento de las obligaciones.

Nadie duda que en el Derecho moderno la causa eficiente o fuente de las obligaciones está constituida por la voluntad y por la ley. Ya han sido descartadas las antiguas teorías romanas, recogidas por el legislador francés, que atribuían las fuentes de las obligaciones a los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley.

El tema es singularmente más complejo si se analiza la causa de la obligación en su sentido de causa final o legal. La causa responde, en esta acepción, a la pregunta ¿por qué se debe?; a diferencia del consentimiento, que responde al interrogante ¿ha querido deber?; y al objeto, que responde a la pregunta ¿qué se debe?

La causa de la obligación es, pues, un elemento distinto al consentimiento y al objeto. La causa de la obligación es la razón por la cual asume su obligación el contratante. Ella es siempre abstracta, desligada de la personalidad del contratante, idéntica para cada categoría de contrato. Se diferencia,

desde luego, de la causa del contrato, que es la razón, la finalidad o el móvil que determina a cada uno de los contratantes a concluirlo.

La causa de la obligación, o razón abstracta, es siempre idéntica para una misma categoría de contrato. Así, en los contratos de prestaciones recíprocas, la causa de la obligación de cada una de las partes es el compromiso asumido por la otra parte; en los denominados contratos reales, categoría suprimida en el nuevo Código Civil, la causa de la obligación es la entrega de la cosa; en los contratos a título gratuito, la causa de la obligación es la intención de liberalidad, distinta de los móviles que han impulsado a aquél que practicó dicho acto.

Donde más claramente se percibe la causa de la obligación es, sin duda, en los contratos de prestaciones recíprocas, porque ella explica la interdependencia existente, al tiempo de su formación, entre dichas obligaciones. Si en esta clase de contratos las obligaciones no pueden nacer la una sin la otra, es decir, si existe interdependencia en el momento de la formación del contrato, es porque la causa de la obligación de una de las partes está constituida, justamente, por la obligación asumida por la otra parte.

Ello explica que el Derecho Alemán y el Suizo, que han rechazado la causa de la obligación como requisito de cierto número de actos jurídicos, hayan tenido que afirmar el principio de interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático, principio que, en cuanto a la formación del contrato, abarca la teoría de la causa.

La causa de la obligación, en suma, existe; debe ser lícita, lo que generalmente ocurre por su carácter abstracto; y, finalmente, no debe ser falsa.

Se distingue claramente, en consecuencia, la causa final, vale decir, el fin perseguido por las partes al contraer la obligación, de la fuente o causa eficiente —generada por la voluntad o por la ley— y de la causa del contrato, que obedece, según se ha expresado, a la razón que decide a cada parte a contratar, razón que es personal, ordinariamente reservada y particularmente variable.

Por lo expuesto, sería inválido afirmar que la causa de la obligación no debe ser considerada elemento vital en la elaboración del acto jurídico, o que ella sea innecesaria, como parecería sugerirlo el hecho de que no se contemple en norma expresa por los Códigos Alemán, Suizo, Austriaco y Brasileño, entre otros. La causa es elemento esencial de la existencia del contrato o de la obligación. No cabe negarla. Es posible, legislativamente, prescindir de ella, como

lo hace el Libro VI; pero esto no significa, en modo alguno, no admitir su existencia.

Las "Astreintes"

Condenada una persona al cumplimiento de una obligación mediante resolución judicial, el juez impone al obligado una pena o multa por vía de retardo. El deudor se encuentra así en la necesidad de ejecutar la obligación o de incurrir en una pena que por su acumulación puede llegar a representar suma importante.

Este sistema, rezago pretoriano en el Derecho Francés, es recogido, entre otras legislaciones, por el artículo 666 bis del Código Civil Argentino, incorporado por la ley No. 17711 del 22 de abril de 1968 ;por los artículos 5 a 8 de la ley francesa No. 72-626 de 5 de julio de 1972 y por la ley uruguaya No. 14978 del 14 de diciembre de 1979.

En cuanto a su naturaleza jurídica, cabe indicar que durante muchos años, particularmente en Francia, las condenas conminatorias fueron presentadas en forma encubierta como una modalidad de indemnización de daños y perjuicios, a fin de superar el obstáculo que se derivaba de atribuirles la calidad de pena privada, ya que se consideraba que ello era contrario al principio *nulla poena sine lege praevia* puesto que no existía precepto legal que las consagrara. Sin embargo, su naturaleza es distinta, tal como lo aclaró la Corte de Casación Francesa en su sentencia de fecha 20 de octubre de 1959 y según la cual:

- 1º. La "astreinte" es una medida compulsiva enteramente diferente de los daños y perjuicios.
- 2º. Es un medio de vencer la resistencia opuesta a la ejecución de una condena y no tiene por fin compensar el daño por el retardo.

Las condenas conminatorias pueden ser dejadas sin efecto o modificadas, tanto para aumentarlas como para disminuirlas; ellas se fijan arbitrariamente, sin relación o proporción con el monto de los perjuicios. Tales condenas están más bien destinadas a que los deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial sean cumplidos, y mediante ello, que lo sean las decisiones judiciales.

Las "astreintes", en conclusión, son arbitrarias, conminatorias y provisionales. Son arbitrarias por la desproporción de la condena pronunciada contra el deudor; es precisamente la exageración lo que puede decidirlo a cumplir la sentencia. Son conminatorias porque constituyen una amenaza que no se con-

vierte de inmediato en deuda definitiva. Son provisionales porque no se imponen sino a título de amenaza. La condena no es definitiva; ella puede ser reducida o aumentada y aun suprimida, según las circunstancias. Por eso su fundamento se ha extraído del Derecho Civil para ubicarlo en la legislación procesal.

Las “astreintes”, en suma, no desempeñan una función de resarcimiento ni constituyen una indemnización de daños y perjuicios. Son una amenaza de sanción, más que una sanción en sí misma. Tiene esta figura jurídica un efecto intimidatorio —ejercitar presión psicológica sobre el conminado—, más que uno punitivo. Se trata de una condena pecuniaria de carácter provisional pronunciada para asegurar la ejecución de una decisión del juez.

Por las consideraciones que anteceden, el Libro VI del Código Civil de 1984 no ha regulado la institución de las “astreintes”. Si se quiere adoptar esta institución, ella deberá incorporarse en el Derecho Procesal.

SECCION PRIMERA

LAS OBLIGACIONES Y SUS MODALIDADES

TITULO I

Obligaciones de dar

No se regula en este Título I, relativo a las obligaciones de dar, el modo de transferir la propiedad de los bienes. Tampoco se ocupa dicho Título de las cuestiones relacionadas con las mejoras, frutos y productos, que sí habían sido consideradas en el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil (artículos 1155 a 1157).

En cuanto a la transmisión de la propiedad, el nuevo Código Civil rige la materia en sus artículos 947 a 949.

El artículo 947 establece que “la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”. De este modo se disipa cualquier duda respecto de la forma como se transfiere el dominio de las cosas muebles. Esta norma, de origen romano, se inspira en los artículos 1095 del Código Español y 929 del Código Alemán. La exigencia de la tradición, aunque imperfecta y criticada, constituye el medio más adecuado para dar publicidad a la transferencia de dominio de tales bienes.

Conviene aclarar los verdaderos alcances de la tradición, señalados por el nuevo Código Civil. La tradición, conforme al artículo 901, se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley, con las formalidades que ésta establece. Por ella se adquiere la posesión, de acuerdo con el artículo 900, salvo los casos de adquisición originaria que establece la ley. La tradición también se verifica en la forma prevista por los artículos 902 y 903 del mismo Código.

El artículo 948 del nuevo Código Civil reproduce la regla del artículo 890 del Código de 1936, por lo cual nos eximimos de mayores comentarios.

El precepto establece que “quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal”.

El artículo 949 es de texto similar al artículo 1172 del Código de 1936; consagra la doctrina de que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

La norma reviste singular importancia, pues dispone con toda claridad que el simple acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor transfiere el dominio de los inmuebles. Esta regla de origen francés –consignada en el artículo 1138 del Código Napoleónico– es acogida por otras legislaciones, tales como los artículos 408, inciso 1), del Código Portugués; 2014 del Código Mejicano y 1138 del Código Dominicano.

El legislador de 1984, lamentablemente, ha optado para la transferencia de los bienes inmuebles por el sistema dual –cuyo origen se encuentra en la ley francesa– al que se refería el legislador de 1936, esto es, el de la propiedad relativa y de la propiedad absoluta. La primera, consagrada por el artículo 949 del Código, transfiere el dominio por el simple acuerdo de voluntades. La segunda, se asienta en la fe del registro y produce efecto *erga omnes*.

En cuanto al tema de las mejoras, frutos y productos, los artículos contenidos en el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código de 1936 fueron suprimidos por la Comisión Revisora.

Puesto que se trataba de una materia de relevante importancia en el campo de las obligaciones de dar bienes ciertos y ya que se establecían preceptos que eran privativos para esta clase de obligaciones, resultaba adecuado que tal materia estuviera prevista en forma expresa en el articulado referente a las obligaciones de dar.

El artículo 1155 del Proyecto consagraba la doctrina de que las mejoras naturales de la cosa, es decir, aquéllas que son obra de la naturaleza, incorporadas después de contraída la obligación, correspondían al propietario. El precepto agregaba que si el propietario era el deudor, podía solicitar al acreedor el valor de tales mejoras naturales; y si éste no estaba dispuesto a abonar-

las, el deudor, a su sola elección, podía dejar sin efecto la obligación o exigir su cumplimiento tal como estuvo originalmente pactada.

El artículo 1156 del Proyecto, por su parte, se refería a las mejoras artificiales o industriales. El precepto prohibía al deudor introducir tales mejoras en el bien sin el consentimiento del acreedor, excepto cuando tenían la calidad jurídica de necesarias, esto es, cuando estaban destinadas a la conservación o preservación del bien. Si el acreedor era el dueño, estaba obligado a abonar el valor de las mejoras necesarias al deudor, ya que éste las introdujo para evitar la pérdida, deterioro o destrucción del bien. Si, por el contrario, el propietario era el deudor, podía solicitar al acreedor el pago del valor de tales mejoras; y si éste no estaba dispuesto a abonarlas, el deudor, a su sola elección, podía dejar sin efecto la obligación o exigir su cumplimiento tal como estuvo originalmente pactada.

El artículo 1157, finalmente, normaba el destino de los frutos y productos del bien desde que se contraía la obligación hasta su entrega, así como el destino de los frutos pendientes al día de la entrega. Prescribía que los frutos y productos de la cosa, si era mueble, correspondían al deudor desde el momento en que se contraía la obligación hasta su entrega; y, si era inmueble, al acreedor desde la fecha en que se contraía la obligación. La norma tenía que solucionar, por otra parte, el destino de los frutos pendientes al efectuarse la entrega; y por ello, basándose en el artículo 583 del Código Civil Argentino y en la segunda parte del artículo 868 del Código Brasileño, claramente establecía que tales frutos correspondieran al acreedor.

Luego de las aclaraciones que anteceden se analizan los preceptos del nuevo Código.

Los artículos 1132 a 1141 tratan de las obligaciones de dar bienes ciertos; los artículos 1142 a 1147, de las obligaciones de dar bienes inciertos. En ambos casos se propone una legislación más completa y explícita que la del Código de 1936.

Antes de examinar las normas del Código es necesario formular una aclaración. Existen dos tendencias legislativas: la primera, representada entre otros Códigos por el Francés, Alemán, Español, Portugués, Etíope y Griego, que no definen el objeto de las obligaciones de dar; la segunda, representada entre otros Códigos por el Argentino y el Mejicano, que legislan en forma expresa el campo de aplicación de tales obligaciones.

En el Libro VI se ha optado por el primer sistema por considerar que esa delimitación corresponde a la doctrina. Una norma que señale el ámbito

de las reglas sobre las obligaciones de dar cosas ciertas, tal como lo hacen el artículo 574 del Código Civil Argentino o el artículo 2011 del Código Mexicano, asume el riesgo de incurrir en errores u omisiones.

Puede expresarse, en este orden de ideas, que en la misma medida en que las reglas del Libro VI se aplican sin restricciones cuando la obligación de dar tiene por objeto transferir el dominio de un bien o pagar el debido, ellas no rigen para cierta clase de contratos como —por ejemplo— los de locación-conducción o de comodato, porque éstos están regulados por normas que les son privativas y que se encuentran ubicadas en otras partes del Código. Cabe observar, también a modo de ejemplo, que las reglas referentes a las obligaciones de dar bienes ciertos operan supletoriamente cuando la obligación tiene por objeto crear un derecho real temporal.

Corresponde a las partes, en consecuencia, probar, ante la obligación de entregar un bien, el fin que determinó tal entrega y su recepción y, sobre la base de ello, decidir si los preceptos referentes a las obligaciones de dar bienes ciertos se aplican irrestricta o supletoriamente, o si esos preceptos no tienen cabida en la relación jurídica que se estableció.

“Artículo 1132.— El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor”.

El texto del artículo 1132 es similar al del artículo 1171 del Código de 1936, con un agregado que aclara sus alcances. El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir prestación distinta, aunque sea de mayor valor, por cuanto, en materia de ejecución de obligaciones, los bienes no se consideran en función del valor abstracto u objetivo que tengan, sino en consideración a quien tiene un derecho sobre ellos. Por esa razón también, el acreedor no está en aptitud de exigir un bien diferente al que se le debe, aun cuando sea de menor valor. El deudor debe cumplir con la prestación debida, sin emplear prestaciones sustitutorias para extinguir la obligación, salvo pacto en contrario.

La norma tiene su origen en los artículos 1243 del Código Francés; 2225 del Código Civil Peruano de 1852; 1245 del Código Civil Italiano de 1865; 1166 del Código Español; 863 del Código Brasileño; 2012 del Código Mexicano; 1458, primer párrafo, del Código Civil Uruguayo; 1290 del Código Civil Venezolano; 307 del Código Civil Boliviano; 1569, segundo párrafo, del Código Civil Chileno; 1627, segunda parte, del Código Civil Colombiano; 1612, segundo párrafo, del Código Civil Ecuatoriano; 1243 del Código Civil Dominicano; 177. primer párrafo, del Proyecto Franco-Italiano de Código de las O-

bligaciones y Contratos ;614, primera parte, del Proyecto Sánchez de Bustamante de Código Civil Cubano ;y 851, primera parte, del Anteproyecto Osorio de Código Civil Boliviano.

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

El artículo 1133 es nuevo y se inspira en el artículo 260 del Código Civil Alemán. El precepto exige que el obligado a dar un conjunto de bienes ciertos informe sobre su estado cuando lo solicite el acreedor. La norma está destinada a cautelar los derechos del acreedor titular de un conjunto de bienes ciertos, quien puede solicitar informes sobre la prestación durante el período que transcurre entre la fecha en que se contrae la obligación y el día de su cumplimiento.

“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”.

El artículo 1134 también consigna un precepto novedoso respecto al Código de 1936. Este artículo dispone, en su primera parte, que la obligación de dar exige al deudor que conserve el bien hasta su entrega. Aunque se trata de un deber elemental, se ha considerado conveniente señalarlo en forma expresa. El origen de este principio se encuentra en los artículos 1136 y 1137 del Código Francés, 1094 del Código Español, 1177 del Código Italiano y 1136 y 1137 del Código Dominicano. La segunda parte de la norma prescribe que la obligación de dar también comprende la de entregar los accesorios del bien, salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. La regla contiene una simple aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y encuentra su inspiración en los artículos 314 del Código Alemán, 1097 del Código Español, 575 del Código Argentino, 864 del Código Brasileño, 370 del Código Griego, 2013 del Código Mejicano y 186 del Anteproyecto Brasileño de Código de las Obligaciones.

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

“Artículo 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”.

Los artículos 1135 y 1136 son sustancialmente de igual texto que los artículos 1174 y 1173 del Código Civil de 1936. Se ha sustituido en ambos preceptos la expresión “instrumento público” — que usa dicho Código— por la expresión “documento de fecha cierta”, y se ha agregado, a sugerencia nuestra formulada a la Comisión Revisora, la expresión “de buena fe” en relación al acreedor que haya inscrito su título, para ser preferido en el caso del primero de los artículos citados.

El artículo 1135, con antecedente en el artículo 1485, segundo párrafo, del Proyecto de Código Civil Peruano de 1891, se refiere a la hipótesis de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble a diversos acreedores y a las normas de preferencia que en esos casos operarían. El precepto señala que será preferido el acreedor de buena fe cuyo título haya sido inscrito o, en su defecto, aquél cuyo título sea de fecha anterior, salvo, en este último caso, que el de alguno conste de documento de fecha cierta más antigua. Esta última expresión, sustitutoria de la que emplea el Código de 1936 y recogida por el artículo 2015 del Código de Etiopía, es perfectamente congruente con el espíritu del artículo 1174 citado. El mismo no tenía por qué referirse a la existencia de un instrumento público. Bastaba con un documento de fecha cierta. Por ejemplo, los documentos privados reconocidos judicialmente o aquellos que se hayan inscrito en los Registros Públicos a mérito de leyes especiales y los otorgados por personas que hayan fallecido o sean incapaces de suscribirlos, deben tener, para los fines previstos por el artículo 1135, la misma eficacia jurídica que los instrumentos públicos.

En cuanto al concepto de la buena fe agregado en este artículo, conviene formular algunos comentarios. Precisa aclararse de antemano que, aun cuando la cuestión pueda parecer obvia, se ha estimado conveniente aclararla en el artículo en forma expresa, con el propósito de evitar toda clase de controversias al respecto.

Se ha afirmado con acierto que “es principio elemental que la garantía de los Registros no ampara ni puede amparar la mala fe. Inclusive, aquellas

legislaciones como la alemana y la suiza, que dan al Registro alcances mucho mayores que los que tiene en el Perú, consideran la mala fe como causal de pérdida de la garantía que otorgan” (*Exposición de Motivos del Reglamento General de los Registros Públicos*).

En atención a estas consideraciones, el artículo IX del Título Preliminar del Reglamento General citado prescribe que “las normas sobre los Registros no amparan la mala fe”, lo que concuerda con el inciso c) de su artículo 173, según el cual la nulidad que se declare respecto de una inscripción puede afectar al tercero adquirente de un derecho, cuando se compruebe que ha procedido de mala fe. Estas reglas armonizan perfectamente con la solución del artículo 1135.

La forma de resolver la cuestión planteada no ha sido uniforme a lo largo del tiempo. *José María Foncillas*, en su obra titulada “*El jus ad rem en el Derecho Civil moderno*”, menciona al estudiar el Derecho de la Edad Media, que en éste, el segundo contratante era preferido al primero, si éste obraba de mala fe. Esta idea se mantuvo hasta mediados del siglo XVIII y pasó al Código Prusiano en 1794. Por el contrario, la ley prusiana sobre adquisición de la propiedad, de fecha 5 de mayo de 1872, estableció el principio según el cual, una vez practicada la inscripción, el adquirente de un inmueble no puede ser atacado; incluso si al momento de la conclusión del contrato o de la transferencia de la propiedad hubiera tenido conocimiento de un contrato de enajenación anterior del mismo inmueble.

Comentando esta última solución agrega *Foncillas*: “Pero es preciso admitir, con *Dernburg*, que un punto de vista tan rígido puede conducir a abusos, porque consagra, en suma, un principio inmoral, atribuyendo la propiedad a aquel que conocía la existencia de un derecho de otro y suprime todo sentimiento de seguridad del adquirente antes de que su contrato haya sido inscrito en el Registro de la Propiedad. Para evitar este peligro, el acreedor está obligado a requerir la inscripción en el Registro lo antes posible”.

Estos conceptos no hacen sino ratificar la necesidad de precisar, respecto de la concurrencia de acreedores, que será preferido el acreedor cuyo título haya sido primeramente inscrito, siempre que hubiera actuado de buena fe.

Conviene indicar, finalmente, que la norma comentada concuerda también con el artículo 2014 del nuevo Código Civil, según el cual “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 o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

La regla transcrita encuentra su antecedente inmediato en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria Española.

El artículo 1136, por su parte, al consignar el mismo principio que el artículo 1173 del Código de 1936, se sitúa, respecto a los bienes muebles, en igual posición que este cuerpo legal. Si se tratara de un bien mueble y lo reclamaran diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor haya hecho tradición del bien, aunque su título sea posterior. Si el deudor no hubiera efectuado la tradición, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta. El precepto tiene origen en los artículos 1141 del Código Francés, 592 y 593 del Código Argentino y 1141 del Código Dominicano.

En suma, el principio de preferencia para los inmuebles opera en favor de aquel acreedor de buena fe cuyo título haya sido inscrito y para los bienes muebles, en favor de aquel acreedor de buena fe a quien el deudor haya hecho tradición del bien. En ambos casos se exige que el acreedor proceda de buena fe, es decir, sin conocer la existencia de obligaciones previas, pues la ley tiene el sentido moral de proteger la lealtad con que se contrata. Si en el primer caso el título no hubiera sido inscrito, o en el segundo el deudor no hubiera hecho tradición del bien, entonces se preferirá —para ambos casos— al acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta.

Estas normas son idóneas y protegen adecuadamente, dentro del relativismo que prevalece en esta materia, los derechos de los intervinientes en una relación obligacional.

En el caso de los bienes inmuebles, y si se trata de la transferencia del dominio, el acreedor preferido, al haber adquirido la propiedad, podrá ejercitar la acción reivindicatoria para exigir la entrega. En hipótesis similar, y tratándose de bienes muebles, si el acreedor hubiera sido puesto de mala fe en posesión del bien, el acreedor preferido no podrá promover exitosamente la acción reivindicatoria porque ella nace del dominio, que no habría sido

adquirido, precisamente, por la falta de tradición. En este último caso la acción procedente sería la revocatoria o pauliana. El acreedor de buena fe burlado, podría ejercer, adicionalmente, acción indemnizatoria contra el deudor y el acreedor de mala fe.

“Artículo 1137.— La pérdida del bien puede producirse:

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

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

1. Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

2. Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.
3. Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio

con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

4. Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.
5. Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.
6. Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien”.

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

“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”.

Los artículos 1137, 1138, 1139 y 1140 del Código introducen cuestiones novedosas en relación a las normas del Código de 1936 referidas a la misma materia.

El artículo 1137 señala cuándo existe pérdida del bien. Son antecedentes del precepto los artículos 1302 del Código Francés, 891 del Código Argentino y 2021 del Código Mejicano. La norma señala que la pérdida puede producirse en tres hipótesis: cuando el bien perece totalmente o sufre un daño parcial que lo haga inútil para el acreedor; cuando desaparece, de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniendo tales noticias, no pueda recobrase; o cuando el bien queda fuera del comercio. Es evidente, por lo demás, que la pérdida debe producirse con posterioridad a la fecha en que se contrajo la obligación, es decir entre esa época y el día en que debe producirse la entrega. En caso contrario, la obligación sería nula porque tendría objeto imposible.

Se ha considerado innecesario indicar cuándo se produce el deterioro

de un bien. Se sobreentiende que éste consiste en desperfectos materiales que disminuyen su valor, no en depreciaciones que no lo afectan materialmente.

En el artículo 1138 se prevé la teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos, sean éstos muebles o inmuebles, y ya sea que se trate del perecimiento o deterioro del bien por culpa del deudor o del acreedor, o sin culpa; siempre que ocurra entre la fecha en que se contrae la obligación y aquella en que deba de producirse la entrega.

Precisa aclararse que al contemplar la teoría del riesgo se está aludiendo propiamente al riesgo del contrato, es decir, a qué parte debe sufrir el riesgo de la inejecución como consecuencia de la imposibilidad sobreviniente. Lo cual es diferente del riesgo del bien, que se refiere, en puridad, al caso de quién debe asumir su pérdida, lo que origina que la obligación de darlo se torne imposible.

Aquí se adoptan, según sea el caso, las reglas *res perit creditori* (*periculum est creditori*) y *res perit debitori* (*periculum est debitori*), íntimamente vinculadas, cuando la pérdida la asume el acreedor o deudor propietario, a la regla *res perit domino*. La vinculación aludida se presenta, sin embargo, no porque la regla *res perit domino* sea de aplicación al campo contractual, sino porque es posible que ocurra que el dueño del bien sea el acreedor, en cuyo caso el riesgo del contrato será para él en aplicación del principio *res perit creditori*, o que ese dueño sea el deudor, en cuyo caso éste asumirá el riesgo del contrato en aplicación de la regla *res perit debitori*.

Cabe observar que el precepto no trata de los casos en que el deudor o el acreedor estén incursos en mora, porque la institución, aplicable desde luego a las situaciones previstas por el artículo 1138, se encuentra regida por los preceptos consignados en el título referente a la inejecución de las obligaciones.

Por lo demás, si bien los preceptos del artículo 1138 tienen su origen en los Códigos Alemán y Portugués, no utilizan la expresión “imposibilidad de cumplimiento de la prestación”, sino la palabra “pérdida”, por tener más propiedad en el ámbito de las obligaciones de dar bienes ciertos. La inejecución de la obligación, concepto genérico que incorpora tanto el incumplimiento como la imposibilidad, con culpa o sin culpa, se regula en el título final del Libro VI.

El inciso 1) del artículo 1138 comentado, prescribe que si el bien se

perdiere por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar daños y perjuicios. Agrega la norma que 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 podrá exigirle la entrega de tal indemnización o sustituir al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. Es evidente que en dichos casos, la indemnización deberá quedar reducida. La última parte del precepto, que contiene un principio jurídico nuevo en la legislación peruana, está plenamente justificada y tiene su origen en el artículo 281 del Código Alemán y en los artículos 794 y 803 del Código Portugués.

El inciso 2) prevé que si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor tiene dos opciones. La primera, resolver la obligación y, por tanto, exigir al deudor la devolución de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la indemnización de daños y perjuicios, pudiendo optar, respecto de éstos, por lo previsto en la segunda parte del inciso 1). La segunda, recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir al deudor la reducción de la contraprestación y el pago de la reparación de daños y perjuicios, en las condiciones señaladas. La norma indica, sin embargo, tomando como modelo el artículo 802 del Código Portugués, que si el deterioro fuese de escasa importancia, el acreedor sólo podrá acogerse a la segunda de las opciones señaladas.

En las hipótesis previstas en los incisos 1) y 2) comentados, se aplica, tanto en el caso de los bienes muebles como inmuebles, la regla *res perit debitori*. La norma coincide —si se trata de cosas muebles—, en sus consecuencias prácticas, con la regla *res perit domino*. Tal coincidencia no se produce respecto a los bienes inmuebles, porque es al deudor a quien corresponde asumir la pérdida o deterioro del bien por la falta en que incurrió en el deber de conservación.

El inciso 3) se refiere a la pérdida del bien por culpa del acreedor. En estos casos el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere; pero quedará liberado de la obligación que le corresponda. El precepto agrega, inspirándose en el inciso 2) del artículo 795 del Código Portugués, que si el deudor obtuviese algún beneficio con la exoneración, el valor de tal beneficio será descontado de la contraprestación.

El inciso 4) establece una norma inobjetable. Si el bien se deteriorase por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, en caso de que la hubiere.

Los incisos 3) y 4) adoptan la regla *res perit creditori*, que en el caso de los bienes inmuebles sería coincidente en sus efectos prácticos con la regla *res perit domino*. Si el bien fuese mueble, aun cuando el acreedor no fuese el dueño, éste asumiría su pérdida o deterioro, porque los eventos allí previstos habrían ocurrido por su culpa.

Finalmente, los incisos 5) y 6) se refieren a la pérdida y al deterioro del bien, sin culpa. En el caso de pérdida, la obligación queda resuelta y el deudor la sufre. Las consecuencias del deterioro las asume igualmente el deudor. En ambos casos corresponderán a éste los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien. El último principio encuentra su origen en los artículos 225 del Código Alemán, 1186 del Código Español y 2020 del Código Mejicano.

Se observa, como comentario final del artículo 1138, que éste contempla las seis hipótesis posibles y ordena las reglas contenidas en los artículos 1175, 1176 y 1177 del Código de 1936, las mismas que son incompletas.

El artículo 1139 tampoco fue consignado por el legislador de 1936. El mismo señala que la pérdida o deterioro del bien que se encuentre en posesión del deudor se presume que ocurre por culpa suya. Esta presunción es *juris tantum*, es decir que ella admite prueba en contrario. El precepto recoge principios similares a los contenidos en los artículos 276 del Código Alemán, 1183 del Código Español, 799 del Código Portugues y 2018 del Código Mejicano.

El artículo 1140 acoge un principio ético relevante, omitido por el legislador de 1936. Cuando la obligación procede de delito o de falta —y así lo señalan los artículos 1185 del Código Español y 2019 del Código Mejicano— el deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque éste se hubiere perdido sin su culpa. La regla admite, sin embargo, una excepción: ella no se aplica si el acreedor hubiese sido constituido en mora.

“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”.

Además de los problemas analizados, el Código se ocupa, en la parte relativa a las obligaciones de dar bienes ciertos, de otro tema no contempla-

do por el Código Civil de 1936, al menos en este título: el que se refiere a los gastos de conservación que origina el bien, previsto en el artículo 1141.

El artículo 1141 encuentra su origen en el artículo 256 del Código Alemán. La norma prescribe que los gastos que demande el bien serán de cargo del propietario, desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Y añade que si quien incurre en dichos gastos no es la persona a quien corresponde efectuarlos, el propietario deberá reintegrarle lo gastado, más sus intereses.

Hasta aquí lo relativo a las obligaciones de dar bienes ciertos.

Los artículos 1142 a 1147 se refieren, como se ha expresado, a las obligaciones de dar bienes inciertos.

“Artículo 1142.— Los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad”.

El artículo 1142 es de texto similar al artículo 1178 del Código Civil de 1936 y al de otras normas, tales como los artículos 874 del Código Brasileño y 191 del Anteproyecto Brasileño de Código de las Obligaciones. Todas las legislaciones, al tratar de las obligaciones de dar bienes inciertos, prevén igual solución. No puede crearse válidamente una relación obligacional sin indicar el bien incierto, por lo menos en su especie y cantidad. La obligación genérica es un caso especial de obligación con prestación indeterminada, pero determinable. Ella se puede referir tanto a bienes muebles como a bienes inmuebles; tanto a cosas fungibles como a cosas no fungibles. Es preciso aclarar, respecto de las cosas fungibles, que los bienes que entre sí tengan esta naturaleza y constituyan el objeto de una obligación de dar, no configuran la denominada obligación de dar bien incierto. Aquí no habrá ni indeterminación ni elección. El deudor se liberaría entregando, simplemente, cualquiera de las prestaciones fungibles pactadas, ya que ella sería idéntica a las demás.

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

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

lección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media”.

El artículo 1143 contiene principios similares a los consignados en el artículo 1179 del Código de 1936; pero con variantes que revisten singular importancia. Sus preceptos se inspiran en los artículos 1246 del Código Francés, 1248 del Código Italiano de 1865, 601 y 602 del Código Argentino, 71 del Código Suizo de las Obligaciones, 875 del Código Brasileño, 1246 del Código Dominicano, 400 del Código Portugués, 180 del Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y Contratos y 192 del Anteproyecto Brasileño de Código de las Obligaciones.

El primer párrafo de artículo 1143 es similar al primer párrafo del artículo 1179. Nuevamente se dispone que en las obligaciones de dar bienes inciertos la elección corresponda al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. Esta es una regla romana trasladada al Derecho moderno.

El segundo párrafo del artículo 1143 del Código tiene dos diferencias importantes con el segundo párrafo del artículo 1179 del Código de 1936: la forma de elegir y la elección por un tercero.

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; y si la elección, por último, se atribuye a un tercero, debe escoger bienes de calidad media. En el Código ya no se alude, como ocurre con el artículo 1179, a cosas de peor o mejor calidad. El lenguaje del Código de 1936 nos parece impropio porque da la impresión de que en los bienes inciertos sólo existieran tres calidades: la mejor, la media y la peor. Por ello, en el Código de 1984 se dispone que el deudor debe escoger bienes de calidad no inferior a la media, lo cual significa que puede escoger bienes de calidad igual o superior a la media. Esta regla se inspira en el artículo 1178 del Código Italiano. El acreedor, a su vez, debe elegir bienes de calidad no superior a la media, lo cual significa que puede escoger bienes de calidad media o inferior a la media. Y, por último, cuando la elección corresponde a un tercero, éste debe escoger bienes de calidad media, esto es, ni superiores ni inferiores a tal calidad.

El precepto, también a diferencia del segundo párrafo del artículo 1179, admite en forma expresa la posibilidad de que la elección la practique un tercero y, además, señala las normas a las que éste debe ceñirse. Cabe observar respecto a la elección por un tercero, que algunas legislaciones —entre

ellas, el artículo 400 del Código Portugués— la regulan explícitamente, tal como lo hace nuestro Código. Sin embargo, el Código no opta por la tesis portuguesa de que la elección deba ser hecha “según juicios de equidad, si no se hubiera estipulado otro criterio”. A este respecto cabe considerar que las reglas consignadas en la segunda parte del artículo 1143 comentado, que señalan los principios que deben regir toda elección, son más adecuados.

“Artículo 1144. — A falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.

Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección debe practicarla el acreedor.

Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquél el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento”.

El artículo 1144 —que se inspira en el artículo 766 del Código Argentino— llena una deficiencia del Código Civil de 1936. Este Código consagró preceptos sólo para el caso de que la elección debiera practicarla el acreedor. Las normas al respecto están contenidas en el artículo 1263 —ubicado en el título referente al pago— que dispone que si la cosa debida fuese indeterminada y la elección correspondiera al acreedor, debe el deudor intimarlo judicialmente para que verifique dicha elección y, si rehusara hacerlo, ella corresponderá al deudor. No existen reglas similares en el Código de 1936, sin embargo, para los casos en que la elección se atribuya al deudor o a un tercero. Si la elección correspondiera al deudor, podría aplicarse, por analogía, el artículo 1200, relativo a las obligaciones alternativas. El caso de la elección por un tercero no está siquiera previsto por dicho Código.

Por esto el artículo 1144 del nuevo Código ordena que si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo, ésta se atribuye al acreedor; si no hubiese plazo establecido, el juez lo señalará; y si el deudor omite efectuar la elección, ella corresponderá al acreedor. Agrega el precepto que las mismas reglas se aplicarán cuando la elección deba ser practicada por el acreedor.

Para el caso del tercero se prevé que si omitiese practicar la elección, ésta la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigirle al tercero el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por su incumplimiento. Tal resarcimiento procederá en caso de que el tercero se hubiese comprometido a efectuar la elección y no la hiciese por su culpa. Si no

se hubiese comprometido a ello o fuese imposible para él verificar la elección —aun cuando se hubiera obligado a hacerla— por causas no imputables, no se derivaría derecho alguno para que las partes solicitaran a tal tercero el pago de la indemnización de daños y perjuicios. En el primero de esos dos supuestos, el tercero habría sido extraño a la relación obligacional y no podría derivarse para él, por tanto, responsabilidad alguna.

Una observación final respecto a la elección por tercero. El Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil consideraba que cuando el acreedor y el deudor hubieran atribuido el derecho de elegir a un tercero, tal designación era *intuitu personae*. Por tanto, si el tercero no podía o no quería elegir, la obligación, salvo pacto en contrario, debía quedar extinguida. La Comisión Revisora varió el Proyecto, y atribuyó la elección al juez, en aras de la conservación de la relación obligacional.

“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”.

El artículo 1145 es novedoso. Encuentra su origen en los artículos 263 del Código Alemán, 23 del Código Polaco de las Obligaciones, 209 del Código Chino, 1964 del Código Mexicano y 542 del Código Portugués. El precepto consigna un principio similar al del artículo 1194 del Código de 1936, relativo a las obligaciones alternativas.

La elección se hace irrevocable con la ejecución de una prestación, o con su comunicación a la otra parte, o a ambas, si la elección se practica por un tercero o por el juez. Es innecesario aclarar, desde luego, que para que la elección produzca los efectos jurídicos previstos por el artículo 1145, debe ceñirse a las pautas a que aluden los artículos 1143 y 1144.

“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”.

El artículo 1146, en su primer párrafo, es similar al artículo 1180 del Código Civil de 1936; salvo en la parte relativa a la expresión “caso fortuito o fuerza mayor”, que es reemplazada por la expresión “sin su culpa”. Se explica, en la parte referente a la inejecución de las obligaciones, las razones que

han determinado el uso de ese lenguaje. Cabe indicar, sin embargo, que la disposición bajo comentario no es sino la consagración del principio del Derecho Romano "*genus non perit*". Como consecuencia de dicho principio, el deudor está en el deber de cumplir con la obligación a su cargo, mientras no haya perecido totalmente la especie.

El segundo párrafo del mismo artículo 1146 se limita a consignar un precepto que fue omitido por el legislador de 1936. La regla del primer párrafo, esto es, la circunstancia de que el deudor pueda eximirse de la entrega alegando la pérdida del bien sin su culpa antes de la individualización, no se aplica cuando la elección deba ser practicada entre un número de bienes de la misma especie y todos ellos se perdieran sin culpa del deudor. Esto es lo que se conoce con el nombre de obligaciones *unum de certis* o *incertum ex certis*. En estos casos el deudor sí puede eximirse, antes de la individualización del bien, de la pérdida de éste, alegando ausencia de culpa; porque el número de bienes de la misma especie habría estado determinado y todos ellos se habrían perdido sin culpa del deudor.

El artículo 1146 se inspira en los artículos 604 del Código Argentino, 877 del Código Brasileño, 1510 del Código Chileno, 1553 del Código Ecuatoriano y 193 del Anteproyecto Brasileño de Código de las Obligaciones.

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

El artículo 1147, por último, es de igual texto que el artículo 1181 del Código Civil de 1936, con origen en el artículo 603 del Código Argentino y en el artículo 876 del Código Brasileño. El principio es de una lógica evidente, porque las obligaciones de dar bienes inciertos sólo consignan reglas destinadas a que se practique la elección, es decir, a que el bien incierto se convierta en cierto. Luego, al determinarse el bien, se aplicarán las normas sobre las obligaciones de dar bienes ciertos.

TITULO II

Obligaciones de hacer

El legislador de 1984 ha optado —al igual que el legislador de 1936— por regir separadamente las obligaciones de hacer, de las obligaciones de dar. Se aparta, por ello, de la sistemática de algunos Códigos, entre otros del Español y Portugués, que no consignan título especial para las obligaciones de hacer, y refunden sus normas dentro de las obligaciones de dar.

El Código trata, entre los artículos 1148 y 1157, de las obligaciones de hacer. Aunque la fuente inmediata de estas reglas se encuentra en el Código Civil de 1936, el que a su vez se inspira en el Código Argentino, tales preceptos son más completos que los de aquel Código.

“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”.

El artículo 1148 tiene su origen en el artículo 1182 del Código de 1936, que a su vez adoptó como modelo la primera parte del artículo 625 del Código Argentino. Los conceptos contenidos en dichos preceptos son similares, salvo en lo que respecta a la parte final del artículo 1182, no consignada en esta norma del nuevo Código debido a que las consecuencias del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer están previstas por los artículos 1151, 1152, 1153 y 1157.

El artículo 1148 mantiene el principio de que el obligado a practicar un hecho debe cumplirlo en el tiempo y modo convenidos o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso. Conviene aclarar que los principios del plazo y modo son comunes a todo el derecho obligacional. Sin embargo, en las obligaciones de hacer, ellos suelen tener mayor significación. En la obligación de hacer, el tiempo y el modo son, usualmente, esenciales; lo que no ocurre con igual frecuencia en las obligaciones de dar, en las que algún retraso en el cumplimiento de la obligación o alguna modificación en el modo pueden ser irrelevantes. Debe puntualizarse por ello que la norma se ubica no en homenaje a la tradición, sino para remarcar la importancia de tales características en las obligaciones analizadas.

Se ha considerado innecesario consignar en el nuevo Código un precepto similar al artículo 1166 del Código Español, que dispone que en las obligaciones de hacer no puede ser sustituido el hecho por otro contra la voluntad del acreedor. Es innecesario, porque el principio general ya está consignado en el artículo 1132, relativo a las obligaciones de dar, y también lo es, porque la ejecución de un hecho distinto al prometido requeriría, desde luego, de pacto entre el acreedor y el deudor, con los efectos novatorios que tal sustitución de prestación originaría.

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

El artículo 1149 del nuevo Código es similar al artículo 1183 del Código de 1936, con un agregado de inspiración brasileña y portuguesa. En efecto, la solución prevista se inspira en los artículos 630 del Código Argentino y 1161 del Código Español, y se añade, conforme lo preceptúan los artículos 1178 del Código Brasileño y 767 del Código Portugués, que la calidad de *intuitu personae* también puede surgir por convención con el deudor.

En consecuencia, la regla general relativa al pago, que recoge el artículo 1235 del Código de 1936 y que reitera el artículo 1222 del Código de 1984, es que el mismo puede ser efectuado por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él. Este principio está consignado en la primera parte del artículo 1149 y se sustenta en que al acreedor le es indiferente que la obligación sea cumplida por el propio deudor o por un tercero, en la medida en que tal cumplimiento satisfaga lo pactado.

Sin embargo, la parte final del precepto establece una excepción impor-

tante. Esta se refiere a las obligaciones *intuitu personae*. Ocurre con frecuencia en las obligaciones de hacer, que ellas se contraigan teniendo en consideración calidades que son inherentes al deudor, por referirse a sus atributos personales. Es evidente, en estos casos, que el hecho deberá ser cumplido por el propio deudor; la obligación no podrá ser ejecutada por un tercero, porque ella se contrajo teniendo en consideración las aptitudes personales del deudor, su habilidad para el hecho prometido. Lo mismo ocurre, y así lo señala expresamente el Código, cuando, no obstante que la obligación no es por su naturaleza *intuitu personae*, se le atribuye tal calidad a mérito del pacto.

El artículo 1149 comentado, también encuentra su origen en los artículos 1501 del Proyecto de Código Civil Peruano de 1891, 68 del Código Suizo de las Obligaciones, 202 del Código Polaco y 2064 del Código Mejicano.

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

1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
2. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.
3. Dejar sin efecto la obligación”.

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

1. Las previstas en el artículo 1150, incisos 1 ó 2.
2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.
3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.
4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere”.

“*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”.

“*Artículo 1153.*— El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1151, incisos 2, 3 ó 4”.

Los artículos 1150, 1151, 1152 y 1153 regulan el régimen del incumplimiento total de las obligaciones de hacer y de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, y en ellos están contenidos principios que informan los artículos 1186 y 1187 del Código Civil de 1936, cuya fuente se halla en los artículos 629 y 630 del Código Argentino.

El incumplimiento de la obligación de hacer, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, a que se refieren los artículos 1150 y 1151 citados, se ubican en el supuesto de que exista dolo o culpa del deudor. La ausencia de culpa determinaría la ausencia de responsabilidad.

El artículo 1150 proporciona al acreedor, ante el incumplimiento de la obligación de hacer, la posibilidad de optar, alternativamente, por una cualquiera de las tres medidas allí previstas: exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; exigir que el hecho sea ejecutado por persona distinta del deudor, pero por cuenta de éste; o dejar sin efecto la obligación.

Las dos primeras opciones, que también se inspiran en los artículos 195, primer párrafo, y 196, primer párrafo, del Anteproyecto Brasileño de Código de las Obligaciones, no siempre están al alcance del acreedor.

En el primer caso, porque las obligaciones de hacer que se ejecutan forzosamente, sin ejercitar violencia contra la persona del deudor, pueden no ser frecuentes, por referirse usualmente a aquellas que se traducen, luego de la ejecución del hecho, en la entrega de una cosa. *Rousset* cita como ejemplo el siguiente caso: "Si un individuo se compromete a abandonar en determinado tiempo una casa que ocupa y luego se niega a hacerlo, resulta evidente que la obligación obtendrá pleno cumplimiento desalojando al deudor y conduciéndolo fuera de la casa con el auxilio 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 obligado se resiste". Cabe aquí mencionar que se ha considerado innecesario apelar, como fuente, al artículo 817 del Código Portugués, que utiliza la expresión "exigir el cumplimiento judicialmente", pues es claro que la ejecución forzada siempre requerirá autorización judicial.

Y en el caso de la segunda opción, porque la medida está descartada en las obligaciones que se han concertado *intuitu personae*. Y aun cuando no se tratara de obligaciones de esta clase, el acreedor tendría que recabar, en todo caso, autorización judicial previa, a fin de que el hecho pudiera ser practicado por un tercero a costo del deudor. Muchas veces la premura del acree-

dor por el cumplimiento de la obligación de hacer o lo determinante del tiempo y modo a los que se refiere el artículo 1148, impiden optar por esta vía.

Luego, el acreedor que ve defraudados sus derechos, no tendrá otra alternativa que invocar la resolución del contrato por incumplimiento del deudor, vale decir, lo previsto por el inciso 3) del artículo 1150.

El artículo 1151, por su parte, prevé los casos de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer. En tales situaciones el acreedor, según la naturaleza del caso y su propia voluntad, tiene hasta cinco opciones, algunas de las cuales puede ejercitar conjuntamente: adoptar alguna de las medidas previstas en los incisos 1) ó 2) del artículo 1150, es decir, exigir la ejecución forzada sin emplear violencia contra la persona del deudor; o exigir que el hecho sea ejecutado por persona distinta del deudor, pero por cuenta de éste; considerar no ejecutada la prestación, si ella resultare sin utilidad para él; exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial; o, finalmente, aceptar la prestación ejecutada en forma parcial, tardía o defectuosa, pero exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

Se observa que el artículo 1151 contiene un principio similar al artículo 802 del Código Portugués, esto es, que el acreedor no puede resolver la obligación si su cumplimiento parcial tuviese escasa importancia. El precepto sólo autoriza al acreedor a tener por no ejecutada la prestación si ésta le resultara inútil. El cumplimiento parcial de escasa importancia no originaría, en definitiva, la inutilidad de la obligación, sino únicamente la reducción de la contraprestación, si la hubiere.

El Código ha deseado, con las normas contenidas en los artículos 1150 y 1151, franquear al acreedor las vías más amplias y adecuadas para lograr protección ante el incumplimiento total o parcial de la obligación de hacer.

El artículo 1152 contempla —sea que se trate del incumplimiento total a que se refiere el artículo 1150 o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, a que se refiere el artículo 1151— el principio general que preside el incumplimiento de una obligación por culpa del deudor: el derecho del acreedor a exigir, cuando ello procediere, el pago de la indemnización de daños y perjuicios. El precepto admite, sin embargo, un comentario adicional. El resarcimiento de los daños y perjuicios sólo procede cuando el acreedor realmente los ha sufrido. El incumplimiento de una obligación que no origina daños y perjuicios, tampoco confiere título al acreedor para exigir el resarcimiento.

Valgan, como excepción, los casos de las obligaciones con cláusula penal que se analizan más adelante.

El artículo 1153, por último, se refiere al cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor. Dicho artículo permite al acreedor optar por lo previsto en los incisos 2), 3) ó 4) del artículo 1151, esto es, tener por no ejecutada la prestación, si ésta le resultara inútil; exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial; o aceptar la prestación ejecutada y exigir que se reduzca la contraprestación, si la hubiere. Adviértase que algunas de estas soluciones son copulativas y no disyuntivas. Nada impediría al acreedor, por ejemplo, tener por no ejecutada la prestación, si ésta le resultara inútil, y, además, destruir lo hecho por cuenta del deudor, si le fuese perjudicial.

Cabe mencionar, respecto a los preceptos analizados, que no se prevé en norma expresa el incumplimiento de la obligación de hacer sin culpa del deudor; ya que la solución para estos casos sería la contemplada por el artículo 1156 del Código, referido a la imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes.

“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”.

“Artículo 1155.— Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.

Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor”.

“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”.

Los artículos 1154, 1155 y 1156 se refieren a la imposibilidad del hecho prometido. Ellos rigen tres hipótesis: que el hecho sea imposible por culpa del deudor, por culpa del acreedor o sin culpa de las partes.

El artículo 1154, que se inspira en el artículo 628 del Código Argentino y contiene principios del artículo 1185 del Código de 1936, considera el caso de la imposibilidad por culpa del deudor. En la medida en que el artículo 1152 concede al acreedor el derecho de exigir adicionalmente, cuando ello procediese, el pago de la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de hacer o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por culpa del deudor; el precepto exige la misma satisfacción de daños y perjuicios y la devolución de la contraprestación, en caso que la hubiere, si el hecho, también por culpa del deudor, fuera imposible. Se opta así por la regla *res perit debitori (periculum est debitori)*. El artículo agrega que las mismas normas se aplican si la imposibilidad del hecho sobreviniera después de la constitución en mora del deudor.

El artículo 1155, por su parte, consigna respecto al acreedor principios similares a los previamente analizados. Si la imposibilidad de la prestación fuera imputable al acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiese, y queda liberado de la obligación que le corresponda, en aplicación de la regla *res perit creditori (periculum est creditori)*. El precepto añade que igual regla se aplica cuando dependiendo el cumplimiento de la obligación de una prestación previa del acreedor, al presentarse la imposibilidad éste hubiese sido constituido en mora. Se expresa finalmente que si el deudor obtuviese algún beneficio con la resolución de la obligación a su cargo, su valor reduciría la contraprestación.

Las normas sobre la mora, consignadas en los artículos 1154 y 1155, simplemente trasladan los principios generales de la institución al caso específico de las obligaciones de hacer. Si el hecho sobreviniera imposible luego de que el deudor hubiera sido constituido en mora, entonces éste responderá por la indemnización de daños y perjuicios. En esta hipótesis se ubica al deudor en la misma condición jurídica que si hubiera incumplido la obligación por causas a él imputables, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1336 del Código. Si, por el contrario, el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora, el deudor quedará liberado de la obligación que le corresponda, sin perjuicio de su derecho a exigir el

pago de la contraprestación —si la hubiere—, en armonía con lo prescrito por el artículo 1340 del Código.

El artículo 1156 es conceptualmente similar al artículo 1184 del Código de 1936, cuya inspiración se encuentra en los artículos 627 del Código Argentino, 275 y 280 del Código Alemán y 879, primera parte, del Código Brasileño: el riesgo por la imposibilidad del hecho sin culpa es asumido por el deudor (*res perit debitori*). La obligación, en tal caso, queda extinguida, y el deudor obligado a devolver al acreedor lo que por razón de ella hubiese recibido. En esta hipótesis corresponderán al deudor los derechos y acciones que hubieran quedado relativos a la prestación no cumplida. Se trata, desde luego, de imposibilidad sobrevenida; si el hecho fuera imposible al contraerse la obligación, el acto jurídico sería nulo.

“Artículo 1157.— Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor éste obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituir al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes”.

El artículo 1157, finalmente, al utilizar la expresión genérica de inejecución, abarca tanto las hipótesis de incumplimiento como de imposibilidad, que se han analizado.

El artículo 1157 también concibe igual principio que el previsto por el artículo 1138, referente a las obligaciones de dar. Esto es, si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor, éste obtuviese una indemnización o adquiriese un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida; el acreedor podrá exigirle la entrega de tal indemnización o sustituir al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero, reduciéndose la correspondiente indemnización en esos montos. El artículo 1157 citado se inspira en los artículos 794 y 803 del Código Portugués y en el artículo 281 del Código Alemán.

TITULO III

Obligaciones de no hacer

Al igual que al tratar de las obligaciones de dar y de hacer, se ha considerado que las obligaciones de no hacer deben legislarse más explícitamente que en el Código de 1936.

Los principios de las obligaciones de no hacer guardan armonía y, en algunos casos, paralelismo, con los establecidos para las obligaciones de hacer.

“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”.

“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”.

El artículo 1158 tiene similitud —dentro de una perspectiva distinta, desde luego— con el artículo 1150 relativo a las obligaciones de hacer. El incumplimiento de la obligación de no hacer franquea al acreedor, alternativamente, tres opciones. En primer término, el inciso 1) autoriza al acreedor a exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. Existe, para la aplicación de este

precepto, una evidente limitación: si el deudor, al incumplir la obligación de no hacer, la ha violado en forma tal que, por la naturaleza de las cosas, ella fuera irreversible (por ejemplo, revelando el secreto que se había obligado a no divulgar), entonces tampoco sería posible la ejecución forzada, aun cuando fuera innecesario emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso la obligación habría quedado pura y simplemente violada, y el acreedor sólo podría apelar a la indemnización de daños y perjuicios. El inciso 2) del artículo 1158, que tiene su fuente en el artículo 1189 del Código de 1936 y en el artículo 633 del Código Argentino, franquea al acreedor la opción de exigir que se destruya lo que se hubiese ejecutado o que se le autorice para destruirlo, por cuenta del deudor. El precepto únicamente tendría aplicación en caso de que la obligación de no hacer fuera susceptible de ser destruída, previa autorización judicial. La tercera opción del acreedor es dejar sin efecto la obligación, lo cual está previsto por el inciso 3).

El artículo 1158 comentado encuentra su origen, además, en los artículos 1276 del Código Civil Peruano de 1852; 1338 y 1340 del Código Uruguayo; 1598, segundo y tercer párrafos, del Código Ecuatoriano; y 1555, segundo y tercer párrafos, del Código Chileno.

No se contempla para las obligaciones de no hacer un precepto similar al consignado para las obligaciones de hacer en el artículo 1151. Es evidente que el cumplimiento parcial o defectuoso de una obligación de no hacer es posible. Pero se sancionaría con alguna de las alternativas que franquea el artículo 1158 y, además, con la indemnización de daños y perjuicios prevista por el artículo 1159, cuyo texto es similar al del artículo 1152 referente a las obligaciones de hacer, con los mismos alcances que los comentados al tratar de este último precepto. El artículo 1159 del Código tiene su antecedente en el artículo 1190 del Código de 1936.

“Artículo 1160.— Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157”.

El artículo 1160 hace de aplicación a las obligaciones de no hacer, las reglas de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157.

Conviene observar que no resulta aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1154, referido a la constitución en mora del deudor, por cuanto se considera que ella es ajena a las obligaciones de no hacer. Se entiende que en estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abs-

tenerse de actuar. A este respecto, el Código Italiano, en su artículo 1222, señala que las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer, pues todo hecho efectuado en violación de éstas constituye, de por sí, inejecución. En contraposición con este planteamiento, el Código Civil Brasileño, en su artículo 961, se refiere a la mora en las obligaciones de no hacer, institución ajena e impropia, a juicio del autor, en las obligaciones negativas.

TITULO IV

Obligaciones alternativas y facultativas

El Código, al referirse a las obligaciones compuestas, sólo legisla —al igual que el Código Civil de 1936— las obligaciones alternativas y las obligaciones facultativas, por tratarse de obligaciones disyuntivas.

Pocos Códigos —entre otros el Libanés, en sus artículos 54 y 55, en título denominado “De las obligaciones de Objetos Múltiples”—, tratan de las obligaciones conjuntivas. El Código de 1984, puesto que adopta la misma técnica que la generalidad de codificaciones, no establece preceptos sobre las obligaciones conjuntivas —vale decir, aquellas que tienen por objeto varias prestaciones, todas las cuales deben ser cumplidas por el deudor—, porque ellas están regidas por los principios del Derecho Común.

El Código norma, entre los artículos 1161 y 1167, las obligaciones alternativas; y en los artículos 1168 a 1171, las obligaciones facultativas.

“Artículo 1161.— El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas”.

El artículo 1161 tiene su origen en la primera parte del artículo 1191 del Código de 1936. Principios similares se encuentran contenidos en diversos códigos, proyectos y anteproyectos, tales como los artículos 1189 y 1191 del Código Francés; 1289 del Código Civil de 1852; 1131 del Código Español; 636 del Código Argentino; 884 del Código del Brasil; 1999 del Código Filipino; 1285 del Código Italiano; 416 del Código Boliviano; 1189 y 1191 del Código Dominicano; 1349 del Código Uruguayo; 1507 del Proyecto de Código Civil Peruano de 1891; 583 del Proyecto Sánchez de Bustamante; 728,

primer párrafo, del Anteproyecto Ossorio; y 200, inciso 1), del Anteproyecto Brasileño.

El artículo 1161 consagra la naturaleza jurídica de la obligación alternativa, al estatuir que quien asuma tal obligación sólo deberá cumplir por completo una de las diversas prestaciones. Como expresa *de Ruggiero*, (*Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Volumen Primero, pág. 41; Traducción de R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijeiro*), en las obligaciones alternativas “son debidas varias prestaciones, de modo que realizada una prestación la obligación queda cumplida y se extingue (*plures res sint in obligatione, una autem in solutione*)”.

“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 144”.

El artículo 1162, en su primer y segundo párrafos, se inspira en la segunda parte del artículo 1191 y en el artículo 1192 del Código de 1936. El principio que consigna, de origen romano, es recogido por otras normas, tales como los artículos 1190 del Código Francés; 1178 del Código Italiano de 1865; 1132 del Código Español; 637 del Código Argentino; 1963 del Código Mejicano; 1500, segundo párrafo, del Código Chileno; 1217, primer párrafo, del Código Venezolano; 1350, primer párrafo, del Código Uruguayo; 416 y 417 del Código Boliviano; 1543, segundo párrafo, del Código Ecuatoriano; 884 del Código del Brasil; 1286 del Código Italiano y 543 del Código Portugués. El mismo principio se encuentra en los artículos 1506, primer párrafo, del Proyecto de 1891; 548, primer párrafo, del Proyecto Sánchez de Bustamante; 122, primer párrafo, del Proyecto Franco-Italiano; y 728, segundo párrafo, del Anteproyecto Ossorio.

El precepto, en su primera parte, atribuye la elección al deudor, salvo que se hubiera pactado que ella corresponda al acreedor o a un tercero. La novedad de la norma es que señala, en forma expresa, que la elección puede ser practicada por un tercero. Nada se opone en efecto a que, dentro de los alcances de la autonomía de la voluntad, el acreedor y el deudor puedan designar a un tercero para practicar la elección. Y el tercero, dentro del marco de las obligaciones alternativas, tiene la facultad de designar cualquiera de las prestaciones que se encuentran *in obligatione*. Por lo demás, siguiendo el

principio general de manifestación de la voluntad —manifestación que puede producirse en forma tácita— la norma no exige que la elección se atribuya expresamente.

El segundo párrafo del artículo 1162 acoge, con expresiones distintas, los principios consignados por el segundo párrafo del artículo 1191 del Código de 1936, al señalar que no puede elegirse, por quien corresponda, parte de una prestación y parte de otra.

El tercer párrafo del artículo 1162 hace de aplicación a los casos contemplados en la primera y segunda partes de éste, las reglas del artículo 1144. Dicho artículo contempla las tres hipótesis posibles de elección —esto es, la que debe verificar el deudor, el acreedor o un tercero—, así como las consecuencias jurídicas que se derivan cuando no se practica tal elección.

La elección debe realizarse dentro del plazo pactado y, a falta de éste, en el que el juez señale. Si el deudor omitiera efectuar la elección dentro del plazo estipulado o el fijado por el juez, ésta se practicará por el acreedor. La norma agrega que se aplicará igual regla cuando la elección deba practicarla el acreedor, es decir, que en las mismas hipótesis, si el acreedor no efectuara la elección el derecho de elegir revertiría en favor del deudor.

Si la elección se hubiera confiado a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigirle al tercero, cuando se hubiere obligado a practicar la elección y no la realizase por su culpa, el pago de la indemnización correspondiente. Si, por el contrario, el tercero no se hubiera obligado a practicar tal elección o habiéndose obligado a ello no la verificase por causas no imputables a él, las partes no tendrían derecho a exigirle indemnización alguna.

Precisa indicarse aquí que el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil contemplaba una solución distinta para el caso de que la elección se hubiese atribuido a un tercero y este no la practicase. En efecto, se preveía que, en ese supuesto, la obligación se extinguía por las razones enunciadas al comentar el tercer párrafo del artículo 1144, sin perjuicio del derecho de las partes a exigirle el pago de la indemnización correspondiente, cuando se hubiese comprometido a tal elección y no la efectuara por su culpa. La solución de atribuir al juez la elección, introducida por la Comisión Revisora, está inspirada en el artículo 1286 del Código Italiano.

Finalmente cabe observar que el artículo 1200 del Código de 1936

—que inadvertidamente se consignó a continuación de las dos normas sobre obligaciones facultativas— se refiere a la elección por el deudor y que el artículo 1263 —incorporado en el título del pago— que alude a prestaciones indeterminadas, se refiere a la elección por el acreedor. Se ha considerado conveniente, sin embargo, unificar en el tercer párrafo del artículo 1162 todos los casos de elección, aplicando a éstos las reglas del artículo 1144.

“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”.

No obstante que el artículo 1163 tiene su antecedente inmediato en el artículo 1194 del Código de 1936, lo modifica y completa. Para ello se ha apelado al artículo 1133 del Código Español, a la segunda parte del artículo 1286 del Código Italiano y a los artículos 542 y 549 del Código Portugués, 56 del Código Libanes y 263, primera parte, del Anteproyecto Brasileño.

La elección no sólo puede practicarse por declaración comunicada a la otra parte o a ambas, si se realiza por un tercero o por el juez, sino con la ejecución de una de las prestaciones. El simple hecho de que se cumpla con una de las prestaciones equivale, jurídicamente, a haber practicado la elección.

El artículo 1163, por otra parte, acogiendo la doctrina de *Laurent* y de *Giorgi*, ha suprimido el principio de la retroactividad consagrado por el citado artículo 1194 del Código de 1936, que se inspiró en el segundo párrafo del artículo 263 del Código Alemán. La retroactividad es un principio excepcional en el derecho que no tiene cabida en las obligaciones alternativas. Todas las teorías aducidas para justificar la tesis de la retroactividad —desde la utilización de ficciones jurídicas hasta la circunstancia de que la prestación escogida sea la única que se halle desde un principio *in obligatione*— son deleznable. Como ha expresado *Staudinger*, “no se puede pasar por alto el hecho de que hasta el momento de la elección exista una obligación de carácter eleccional y que sólo desde ese momento, en su lugar, surge una obligación simple”. La materia reviste singulares alcances prácticos, por las consecuencias en el destino de los frutos o rentas de las prestaciones y el régimen de los gastos y mejoras.

Cabe aquí observar que se ha considerado innecesario entrar en un tema casuístico como es el relativo a la elección de la prestación por varios deudores, por varios acreedores o por varios terceros. Si el pacto señala las reglas de elección cuando haya pluralidad de sujetos que deban elegir, se estará a lo estipulado en el contrato. En caso contrario, se requerirá acuerdo

unánime de quienes deban elegir y, de no existir tal unanimidad, el derecho revertirá a la otra parte. En este caso, a falta de unanimidad entre los codeudores y, a su vez, entre los coacreedores, la obligación quedará extinguida. Este sería un caso de solución indivisible, por la naturaleza de la obligación contraída, salvo que se pactara lo contrario. De no existir unanimidad entre los terceros que deban practicar la elección, ésta corresponderá, salvo pacto en contrario, al juez.

“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”.

El artículo 1164 modifica el principio contenido en el artículo 1193 del Código de 1936, que tiene origen —a su vez— en el artículo 640 del Código Argentino, en el inciso 2) del artículo 884 del Código Brasileño y en los artículos 1356 del Código Uruguayo y 1508 del Proyecto de 1891.

La innovación más importante en relación al Código de 1936, acogida por el artículo 1164, es que la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo las excepciones a las que se alude. Debe presumirse que la manifestación de voluntad expresada para un período, alcanza a los demás. Esta presunción simplifica, sin duda, el cumplimiento de la obligación por el deudor, quien podrá adoptar las precisiones necesarias para ejecutar la prestación en los períodos siguientes. Se abandona, por otra parte, la expresión “prestaciones anuales”, que emplea el Código derogado, para sustituirla por la expresión “prestaciones periódicas”, que revela con mayor propiedad el pensamiento del legislador de 1936. Parece evidente que es la “periodicidad” y no la “anualidad” la que determina la regla. El precepto, por último, aclara que el principio en él consignado sólo opera cuando no resulte contrario a la ley, a lo previsto en el título de la obligación o a las circunstancias del caso.

“Artículo 1165.— Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:

1. Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible.

2. Si algunas prestaciones son imposibles, el deudor escoge entre las subsistentes.
3. Si todas las prestaciones son imposibles por causas no imputables al deudor, se extingue la obligación”.

“Artículo 1166.— Cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:

1. Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.
2. Si algunas prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor puede elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.
3. Si algunas prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, la elección se practica entre las subsistentes.
4. Si todas las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación”.

Los artículos 1165 y 1166, que contemplan los casos de pérdida de una o más prestaciones cuando la elección corresponda al deudor, al acreedor, a un tercero o al juez, no requieren mayor explicación. El Código ha organizado en estas normas los casos posibles de pérdida de las prestaciones por causas imputables y no imputables al deudor. Las reglas del Código acogen principios consagrados por los artículos 1196 y 1197 del Código de 1936, que son, sin embargo, incompletos, y en alguna oportunidad de texto inadecuado. Tales preceptos, en efecto, no contemplan todas las hipótesis que pueden presentarse en las obligaciones alternativas y, en ciertos casos, adolecen de impropiedad en el lenguaje, por usar la palabra “pérdida”, propia únicamente de las obligaciones de dar; o la palabra “precio”, privativa del contrato de compra venta; o la expresión “caso fortuito”, en lugar de la otra, más afortunada por cierto, de “causa no imputable”.

El artículo 1165 citado tiene su fuente en principios contenidos en los artículos 1196 del Código Francés, 1183 del Código Italiano de 1865, 1135 del Código Español, 311 y 312 del Código Helénico, 545 y 790 del Código

Portugués, 1196 del Código Dominicano, 1353 del Código Uruguayo y 127 del Proyecto Franco-Italiano. El artículo 1166, por su parte, se inspira en los artículos 1194 del Código Francés; 1136 del Código Español, 310 del Código Helénico, 546 del Código Portugués, 1194 del Código Dominicano, 1354 del Código Uruguayo y 1512 del Proyecto de 1891.

El artículo 1165 prevé los casos en que la elección corresponda al deudor. Establece, en suma, las reglas que a continuación se enuncian para los casos de imposibilidad de una o más prestaciones. Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación quedará resuelta y el deudor deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagarle la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referida a la última prestación que hubiese sido imposible. Si algunas prestaciones fueran imposibles, el deudor escogerá entre las subsistentes. Si, en fin, todas las prestaciones fueran imposibles por causas no imputables al deudor, la obligación quedará extinguida.

El artículo 1166, por su parte, se refiere a los casos en que la elección corresponda al acreedor, a un tercero o al juez, y que sean imposibles una o más prestaciones. Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la indemnización de daños y perjuicios referida a la prestación imposible que el acreedor señale. Si algunas prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor podrá elegir; disponer, cuando corresponda, que el tercero o el juez elijan alguna de las subsistentes; o declarar resuelta la obligación. En este último caso el deudor deberá devolver la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagarle la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referida a la prestación imposible que tal acreedor señale. Si algunas prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, la elección se practicará entre las subsistentes. Y, finalmente, si todas las prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, la obligación quedará extinguida.

Cabe formular respecto a los artículos 1165 y 1166 comentados, algunas consideraciones finales. En primer término, que se ha tratado de organizar en dos preceptos, en forma completa, los problemas que surgen de la imposibilidad de una o más prestaciones; a diferencia de otros códigos, como el Mejicano, que dedica diecinueve artículos al tema y no contempla la elección por terceros. También conviene observar que el Código de 1984 —a diferencia, por ejemplo, del Código Portugués— no se refiere a los casos de imposibilidad por culpa del acreedor, porque se considera que en estas hipótesis se aplicarían los Principios Generales del Derecho contenidos en otras instituciones re-

gidas por el propio Libro VI. Tampoco se hace mención —a diferencia de los Códigos Francés y Portugués— a los casos en que el deudor o el acreedor sean constituidos en mora, no sólo por la circunstancia de que esta institución está regulada en la parte relativa a la inejecución de las obligaciones; sino porque también serían de aplicación, a aquellos casos, los propios Principios Generales del Derecho a los que se ha aludido. Cabe advertir, por último, que la imposibilidad a que se refieren los artículos 1165 y 1166 debe surgir entre la fecha en que se contrae la obligación y la época en que debe elegirse. Si la imposibilidad se presentara antes de contraerse la obligación, el acto jurídico sería nulo.

“*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”.

El artículo 1167, al igual que el artículo 1195 del Código de 1936, rige la denominada “concentración anormal de la obligación”, que se opone a la forma “normal” de concentración mediante la elección de una de las prestaciones, prevista en el artículo 1163. El Código se inspira en esta materia, además, en los artículos 1192 del Código Francés; 1179 del Código Italiano de 1865; 885 del Código Brasileño; 1218, primer párrafo, del Código Venezolano; 1192 del Código Dominicano; 1202 del Código Filipino; 1352 y 1353 del Código Uruguayo; 419 del Código Boliviano; 1288 del Código Italiano y 545 del Código Portugués, así como en el artículo 1510 del Proyecto de 1891 y en el artículo 123, primer párrafo, del Proyecto Franco-Italiano. En los casos previstos por el citado artículo 1167 no hay elección. La obligación se convierte en simple por el hecho de que todas las prestaciones, menos una, son nulas o imposibles de cumplir por causas sobrevinientes a su constitución y no imputables a las partes. En estos casos no hay elección; existe “concentración anormal de la obligación”, lo cual la convierte en simple.

Comenta a este respecto de *Ruggiero (op. cit. pág. 43)* que “independientemente de la elección y de la *solutio*, se convierte en simple la obligación por la sobrevenida imposibilidad de todas las prestaciones menos una. La concentración aquí se verifica a consecuencia de un hecho natural que tiene la misma eficacia que la declaración de elección. Si la imposibilidad existía al tiempo de constituirse la obligación, no sería posible hablar de concentración; la obligación, aunque contraída de modo alternativo, sería desde su constitución simple, por ser uno solo de sus objetos posible, del mismo modo que si todas las prestaciones fuesen imposibles desde que la obligación se iniciara, ésta hubiera sido nula”.

“*Artículo 1168.*— La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella”.

“*Artículo 1169.*— La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación ac-

cesoria sea válida o posible de cumplir”.

“Artículo 1170.— La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir”.

“Artículo 1171.— En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa”.

El título comentado concluye con los artículos 1168, 1169, 1170 y 1171, relativos a las obligaciones facultativas.

La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella. De aquí se infieren múltiples consecuencias jurídicas cuyo análisis corresponde a la doctrina, pero que giran sobre el mismo concepto tradicional: la prestación accesoria está *in facultate solutionis*, sólo la prestación principal está *in obligatione* (“*Una res est in obligatione, plures in facultate solutionis*”). El texto del artículo 1168 es el mismo que el del artículo 1198 del Código de 1936, acogido por otras legislaciones tales como los artículos 644 del Código Argentino, 1549 del Código Ecuatoriano y 1506 del Código Chileno.

El artículo 1169 es consecuencia de la regla prevista por el artículo 1168. Al existir en la obligación facultativa una prestación principal y otra accesoria, la norma establece que la obligación se extingue cuando la prestación principal fuera nula o imposible, aun cuando la accesoria fuera válida o de posible cumplimiento. El precepto tiene su origen en los artículos 645 y 647 del Código Civil Argentino y 1515 y 1518 del Proyecto de 1891.

El artículo 1170 acoge el mismo principio señalado. Si la prestación accesoria fuera nula o imposible de cumplir, la obligación subsiste, pero como simple. La nulidad o imposibilidad de lo accesorio no acarrea la nulidad o imposibilidad de lo principal. La regla tiene su fuente en los artículos 649 y 650 del Código Argentino y en los artículos 1516 y 1520 del Proyecto de 1891.

El artículo 1171, por último, se sustenta en la regla del artículo 1199 del Código de 1936, que ha inspirado al Código Civil Boliviano (artículo 424). El precepto dispone que en caso de duda acerca de si la obligación es alternativa o facultativa, ésta se tendrá por facultativa: *in dubio pro solvente* (La duda favorece al deudor). Cabe aclarar que los artículos 651 del Código Argentino, 1507 del Código Chileno, 1550 del Código Ecuatoriano, 1359 del Código Uruguayo, 1564 del Código Colombiano y 1521 del Proyecto de 1891 —que constituyen los antecedentes del artículo 1199 del Código derogado— disponen que en caso de duda acerca de si la obligación es alternativa o facultativa, ésta se tendrá por alternativa. El Código de 1984 acoge, sin embargo, la fórmula del Código Civil de 1936, sugerida por el ilustre jurista *Manuel Augusto Olaechea*, ponente del Libro V, durante los debates en la Comisión Reformativa del Código Civil de 1852.

TITULOS V Y VI

Obligaciones divisibles e indivisibles *Obligaciones mancomunadas y solidarias*

Introducción

Al tratar de las obligaciones divisibles e indivisibles y de las mancomunadas y solidarias, el legislador de 1984 ha optado —al igual que el legislador de 1936— por el sistema de regirlas separadamente, sistema que ha sido acogido por códigos importantes de este siglo, entre ellos el Código Civil Italiano de 1942.

Las consecuencias jurídicas que generan las obligaciones divisibles y las obligaciones mancomunadas son idénticas; ambas siguen el principio de la división de los créditos o, en su caso, de la división de las deudas. Sin embargo puesto que tienen origen distinto —las primeras se determinan por la naturaleza de la prestación; las segundas, por la forma de obligarse— y están estrechamente vinculadas a las obligaciones indivisibles y solidarias respectivamente, se legislan en forma separada.

Las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad —a diferencia de la divisibilidad y mancomunidad— no coinciden necesariamente. Entre la indivisibilidad y la solidaridad, como se señala en la Exposición de Motivos del Proyecto del Libro V del Código Civil de 1936, sólo existe afinidad. Ambas pueden nacer de la ley; aunque la indivisibilidad puede, también, nacer del pacto. En cualquier caso, cabe señalar que la naturaleza jurídica de la indivisibilidad está vinculada necesariamente a la naturaleza jurídica de la prestación, mientras que la solidaridad está vinculada, también necesariamente, a la forma en que queden obligados los codeudores o coacreedores en la relación correspondiente.

En la obligación indivisible existe prestación única —con pluralidad de sujetos activos o pasivos— que debe cumplirse en solución única. En tales obligaciones hay un solo derecho de crédito y, correlativamente, una sola deuda. En la solidaridad existe unidad de prestación —al igual que en la indivisibilidad—, pero, con idéntico contenido, hay pluralidad de derechos de crédito o de deudas, según se trate de la solidaridad activa o de la solidaridad pasiva. Esta es la doctrina de *Enneccerus* y del Código Civil Italiano de 1942, seguida por tratadistas tan eminentes como *Barassi* y *Messineo*.

Basado en esta doctrina, el nuevo Código Civil desecha las soluciones de algunos códigos o proyectos modernos —como el Código Ruso de 1964 o el Proyecto Holandés de 1974— que identifican las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad. El Código tampoco se ciñe a otras soluciones legislativas, como la del artículo 1917 del Código Civil de Etiopía, redactado por juristas franceses, que establece que las reglas de las obligaciones solidarias son aplicables por analogía, cuando la obligación es indivisible. La analogía puede ser difícil de determinar, pues ella depende de la naturaleza jurídica que se atribuya a dichas instituciones.

El Código adopta más bien la legislación civil italiana como modelo; pero deja de lado la incertidumbre que puede originar el artículo 1317 de ese Código cuando establece que las obligaciones indivisibles se regulan por las normas de las obligaciones solidarias, en cuanto les fueren aplicables, salvo lo dispuesto por los artículos que allí se señalan. El primer párrafo del artículo 1181 del Código establece un precepto similar, pero aclara cuáles son las reglas de las obligaciones solidarias que se aplican a las obligaciones indivisibles. Queda entendido, desde luego, que las situaciones jurídicas no previstas por el Código tendrían que resolverse de acuerdo con la naturaleza que se atribuya a la indivisibilidad o, en su caso, a la solidaridad.

Lo expresado determina que en la obligación indivisible no sea uno solo de los acreedores dueño único del crédito y que si la ley lo autoriza a recibirlo en su totalidad, esto ocurre por la naturaleza de la prestación debida. En la obligación solidaria, por el contrario, cada acreedor es dueño del íntegro del crédito.

Planteado el problema a la inversa: en la obligación indivisible no debería uno solo de los deudores estar obligado por el íntegro; si lo está, ello obedece a la naturaleza de la prestación debida; en la obligación solidaria, cada deudor responde por el íntegro, aun cuando la prestación debida sea susceptible de dividirse.

La coincidencia de consecuencias jurídicas que suele presentarse entre las obligaciones de ambas clases obedece a que en la solidaridad, no obstante existir pluralidad de derechos de crédito o de deudas, los efectos respecto a uno de los coacreedores o a uno de los codeudores frecuentemente alcanzan a los demás, en virtud del sistema de la representación —acogido por el Código Francés—, por razones de unidad del fin de la prestación o como simple solución legislativa, por convenir a la colectividad; ya que la ley debe procurar el cumplimiento de las obligaciones y asegurar que los acreedores tengan suficiente garantía de sus deudores.

No obstante, se observan en el Código importantes diferencias en cuanto a las obligaciones de ambas categorías.

Así, en el artículo 1176, relativo a las obligaciones indivisibles, se exige que el pago se efectúe a todos los acreedores o a alguno de ellos bajo garantía, por existir un solo derecho de crédito o deuda. En cambio, el artículo 1185, referente a las obligaciones solidarias, establece que el deudor pueda pagar a cualquiera de los acreedores, eliminándose el principio de la prevención, consagrado por el artículo 1212 del Código Civil de 1936. La posibilidad de pagar a cualquiera de los acreedores, prescindiéndose de la garantía, obedece al idéntico contenido de la pluralidad de derechos de crédito o de deudas.

La indivisibilidad, conforme al artículo 1177, también opera respecto a los herederos. No ocurre lo mismo con la solidaridad. Esta, de acuerdo con el artículo 1187, no se trasmite a los herederos.

Las soluciones de los artículos 1178 y 1179 respecto a la extinción de la obligación indivisible por medios distintos al pago, son diferentes a las previstas para las obligaciones solidarias por los artículos 1190 y 1191.

Finalmente, el artículo 1180 sólo exige a los codeudores de una obligación indivisible no ejecutada, pero que hubiesen estado dispuestos a cumplir, que contribuyan a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda. La solución del artículo 1195 referente a las obligaciones solidarias, es distinta. En estos casos cada codeudor solidario responde por el íntegro del valor de la prestación debida, aun cuando no hubiera incurrido en culpa.

Expresados estos conceptos preliminares, y antes de analizar los artículos del Código relativos a las obligaciones divisibles e indivisibles y manco-

munadas y solidarias, conviene referirse a ciertas nociones adicionales que no dejan de ser necesarias en cuestión tan compleja como la que se está legislando.

Las cuatro categorías de obligaciones citadas sólo se presentan cuando existe pluralidad de acreedores o de deudores. Cuando ello no ocurre, es decir, cuando los sujetos de la relación jurídica son un solo acreedor y un solo deudor, las reglas enunciadas no tienen cabida. En estos casos, y salvo pacto en contrario, el deudor está obligado a cumplir el íntegro de la prestación y, correlativamente, el acreedor tiene el derecho de exigir el cumplimiento total. Aquí prevalece el principio de la indivisibilidad, consignado en el Código en una norma relativa al pago (artículo 1220). En ausencia de pluralidad de sujetos, no entra en juego la doctrina de la mancomunidad o solidaridad.

Como se ha indicado, la obligación en que se conjugan las características de la divisibilidad y mancomunidad sigue siempre el principio de la división del crédito o de la deuda, puesto que sus consecuencias jurídicas son idénticas. Esta es la obligación menos severa para los codeudores: cada uno responde tan sólo por su parte en la deuda y, a su vez, cada coacreedor sólo puede exigir a cada codeudor la parte en el crédito que le corresponda.

Cuando la obligación es indivisible y mancomunada, lo primero impide la división de la deuda y del crédito. Se aplicarán, por tanto, las reglas de la indivisibilidad.

En la obligación divisible y solidaria es justamente el pacto de solidaridad o, en su caso, el precepto legal, el que evita la división. A las obligaciones de esta clase se aplicarán las normas de la solidaridad.

La obligación indivisible y solidaria, por último, impide la división, por la naturaleza de la prestación y porque las partes quedaron obligadas por el íntegro. Esta es la obligación más severa para los codeudores. Como contrapartida, aquí los acreedores obtienen la más eficaz garantía personal. Se aplicarán, en estos casos, las normas de la solidaridad y las de la indivisión en lo que respecta a los herederos del acreedor o del deudor.

Un concepto final: la divisibilidad o indivisibilidad de una prestación se determina por sus características naturales y no por abstracciones intelectuales. La obligación es indivisible cuando la prestación no puede cumplirse en forma parcial, porque así lo deciden su naturaleza, el pacto o la ley. Intelectualmente toda prestación es susceptible de dividirse. Esto explica que,

en el ámbito de los Derechos Reales, sea posible enajenar o gravar acciones y derechos de prestaciones que son por naturaleza, y aun por esencia, indivisibles. En el principio obligacional sólo interesa apreciar la prestación desde el punto de vista físico o natural, pues lo que se legisla en las obligaciones de dar es la entrega de un bien; en las de hacer, la ejecución de un hecho; y en las de no hacer, una abstención. La determinación de la divisibilidad o indivisibilidad surge de una cualidad real y no intelectual. Todo es susceptible de división intelectual sin destruir, deteriorar o hacer imposible la prestación. No ocurre lo mismo con la división real.

Cabe observar que la apreciación de una obligación divisible o indivisible puede ser en algunos casos simple; pero en otros, revestir gran complejidad. Cuando la prestación recae sobre cuerpo cierto, que constituye unidad, y cuya división ocasionaría su destrucción o perecimiento, es evidente que la obligación tiene la naturaleza de indivisible; su cumplimiento parcial está descartado. Lo mismo ocurre cuando la indivisibilidad se atribuye por pacto o por mandato de la ley. La apreciación es difícil cuando se trata de juzgar la divisibilidad o indivisibilidad en obligaciones de dar en las que existen, además de pluralidad de sujetos, pluralidad de prestaciones y, donde el número de éstas, no coincide con el de aquéllos. La decisión puede ser particularmente compleja en determinadas obligaciones de hacer y de no hacer, aunque las obligaciones de estas categorías tengan generalmente la calidad de indivisibles.

Obligaciones divisibles e indivisibles

El Código se ocupa de las obligaciones divisibles e indivisibles en los artículos 1172 a 1181.

“Artículo 1172.— Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda”.

“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”.

‘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’.

Los artículos 1172 y 1173 se inspiran en el artículo 1201 del Código Civil de 1936 y en el artículo 1314 del Código Civil Italiano. El artículo 1172 se origina también en el artículo 76 del Código Libanés y en el artículo 1379 del Código Uruguayo. El artículo 1173, por su parte, en los artículos 1138 del Código Español, 420 del Código Alemán, 1379 del Código Uruguayo, 534 del Código Portugués, 1524 del Proyecto de 1891 y 208 del Anteproyecto Brasileño. Conviene señalar que el Código Portugués preceptúa que entre los herederos la división es proporcional a sus cuotas hereditarias. Este último concepto está implícito en el texto del artículo 1173.

El artículo 1172 señala el principio de la división de las deudas y de los créditos cuando la prestación es divisible y la obligación no se ha pactado solidariamente, vale decir, cuando es mancomunada. El artículo 1173, por su parte, presume que la deuda o el crédito se dividen por partes iguales entre los intervinientes en la relación obligacional, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título o de las circunstancias del caso. Se trata de dos preceptos claros que no requieren mayor explicación.

La excepción está prevista por el artículo 1174. La norma tiene su origen mediato en los incisos 1) y 4) del artículo 1221 del Código Francés, e inmediato, en el artículo 1315 del Código Civil Italiano. La justicia del precepto es evidente. El heredero del deudor que hubiese sido encargado de cumplir la prestación, que estuviera en posesión de la prestación debida o que adquiriera el bien que garantiza la obligación, no puede invocar el beneficio de la divisibilidad. El acreedor tendrá derecho, sin duda, de exigir a cada uno de los herederos del deudor el cumplimiento de su parte en la obligación; pero aquél a quien se le encomendó cumplir la prestación, que está en posesión de la prestación debida o que adquiere el bien que garantiza la obligación, responde como si fuera heredero de deuda de prestación indivisible, aunque tiene luego el derecho de exigir a sus codeudores, cuando ello procediere, la restitución de sus partes. Este derecho está consagrado en forma expresa por el artículo 77 del Código Libanés, pero en nuestro nuevo Código Civil se ha considerado innecesario consignarlo.

Los artículos 1175 a 1181 tratan de las obligaciones indivisibles.

“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”.

El artículo 1175, cuyo origen se encuentra en el artículo 1316 del Código Civil Italiano y en el artículo 1250 del Código Venezolano, establece los principios que determinan que una obligación sea indivisible. Ellos ya fueron enunciados. La obligación es indivisible cuando la prestación por su naturaleza, por el pacto o por mandato de la ley, no es susceptible de dividirse. El artículo 1175 se aparta del texto del artículo 1208 del Código de 1936, que trata de definir materia tan compleja como la divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones. Obsérvese que el artículo 1208, cuya fuente se encuentra en el artículo 1151 del Código Español, llega a expresar en su tercer párrafo —al aludir a las obligaciones de no hacer— que la divisibilidad o indivisibilidad se decide por el carácter de la prestación en cada caso particular. Tal precepto, por evidente, era absolutamente innecesario.

“Artículo 1176.— Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. El deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación”.

El artículo 1176, según se ha señalado, es consecuencia de la naturaleza jurídica de la obligación indivisible. El pago puede ser exigido por cualquiera de los acreedores; pero el deudor únicamente se libera cuando paga a todos en conjunto o a cualquiera de ellos bajo garantía, puesto que uno solo de los acreedores no es dueño de la totalidad del crédito. Es antecedente del artículo 1176, el artículo 1203 del Código de 1936. El precepto del Código 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. Sólo 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. El artículo 1176 es de texto similar al artículo 1584 del Código Colombiano y también acoge normas del artículo 1385, primera parte, del Código Uruguayo.

“Artículo 1177.— La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor”.

El artículo 1177 se inspira en la segunda parte del artículo 1202 del Código de 1936 y en los artículos 1318 del Código Civil Italiano, 535 del Código Portugués y 1585 del Código Colombiano. 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 trasmite a los herederos, la segunda, no.

No se ha consignado en el artículo 1177 la primera parte del artículo 1202 del Código de 1936, que obliga por el íntegro a cada uno de los que contrajeron una obligación indivisible, ya que éste es uno de los efectos fundamentales de la solidaridad, a cuyas normas remite el primer párrafo del artículo 1181.

“Artículo 1178.— La consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, sólo puede exigir la prestación reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso”.

El artículo 1178 legisla sobre la consolidación entre el acreedor y uno de los deudores. Prescribe que esta figura jurídica no extingue la obligación. Agrega, sin embargo, que el acreedor sólo podrá exigir la prestación garantizando o reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación.

El artículo 1178 concilia la naturaleza jurídica de las obligaciones indivisibles con la naturaleza jurídica de la consolidación o confusión. Esta institución no constituye, por sí misma, un medio de extinguir la obligación. Sólo existe la imposibilidad de cumplirla al reunirse en la misma persona las cualidades de acreedor y de deudor. En este orden de ideas, el artículo 1178 prescribe que si un codeudor de prestación indivisible adquiriera, a mérito de la consolidación o confusión, la condición jurídica de acreedor, la obligación no quedaría extinguida. Sin embargo, para cautelar el derecho de los codeudores de prestación indivisible, el precepto ordena al codeudor que hubiera adquirido la condición de acreedor exigir la prestación únicamente si garantiza o reembolsa a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación.

Esta solución es distinta a la que norma los casos de novación, compensación, condonación y transacción entre el acreedor y uno de los deudores. En estos casos se aplicarían, por mandato del primer párrafo del artículo 1181, los preceptos contenidos en el artículo 1188, es decir, que tales actos del acreedor con uno de los deudores, liberarían a los demás codeudores de prestación indivisible. El artículo 1188 regula, sin embargo, las relaciones entre el deudor que practica esos actos y sus codeudores, señalando que ellos se rigen por las reglas siguientes: 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; en la compensación, los codeudores responden por su parte; en la condonación, se extingue la obligación de los codeudores, y en la transacción, los codeudores responden ante el deudor, a elección de aquéllos, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción.

Cabe observar, respecto de la condonación, que si ella se verificara entre el acreedor y uno de los codeudores de prestación indivisible, tal obligación, por tener prestación única a cumplirse en solución única, liberaría a los demás codeudores. Aquí la condonación no podría limitarse a uno solo de los codeudores. Y tal limitación a un solo codeudor tampoco operaría —en virtud de la señalada naturaleza jurídica de la obligación indivisible— en la novación, compensación o transacción.

“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”.

El artículo 1179, por su parte, es congruente con lo previsto por el artículo 1176. La novación entre uno de los acreedores —que no es dueño del íntegro el crédito— y el deudor, no extingue la obligación de éste respecto de los demás acreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino mediante la garantía o reembolso al deudor del valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó. La norma señala que esta misma regla se aplica en los casos de compensación, condonación, consolidación y transacción.

“Artículo 1180.— La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda”.

El artículo 1180 aclara y completa su antecedente inmediato, el artículo 1207 del Código Civil de 1936. Se inspira en el artículo 1150 del Código Español y en el artículo 1590 del Código Colombiano. Cuando la obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios, la prestación, por ser pecuniaria, se convierte en divisible, y los codeudores que estaban dispuestos a cumplir sólo responden por su parte del valor de la prestación original que era indivisible. Cada uno de aquéllos que por dolo o culpa hicieron imposible el cumplimiento de la prestación, responde por el íntegro de la indemnización de daños y perjuicios.

El dolo o la culpa son personales. Es principio de equidad que el dolo o la culpa de uno, no sean dolo o culpa de los demás, no se trasladen al deudor diligente y de buena fe. Parece razonable, entonces, que aquellos deudores de prestación indivisible que por dolo o culpa impiden el cumplimiento de la obligación, respondan, individualmente, por la totalidad de la reparación de los daños y perjuicios que irroguen al acreedor. Se ha considerado indispensable efectuar esta aclaración, debido a que el texto del artículo 1207 del Código de 1936 no define con nitidez tal responsabilidad.

Cabe agregar que el artículo 1180 rige únicamente las relaciones jurídicas entre el acreedor y los codeudores. Las relaciones entre éstos últimos, a su vez, se regulan por los principios que informan la inexecución de las obligaciones.

“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”.

Se ha indicado que, con frecuencia, las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad coinciden con las de la solidaridad. Ello se traduce legislativamente en el primer párrafo del artículo 1181 que emplea, reformada, la fórmula del artículo 1317 del Código Civil Italiano. En el artículo 1181, sin

embargo, se ha decidido ser más preciso que el legislador italiano. El precepto señala qué normas de las obligaciones solidarias rigen también las obligaciones indivisibles. Se ha desechado, por tanto, la fórmula del artículo 1317 del Código Italiano, que regula las obligaciones indivisibles por las normas de las obligaciones solidarias, en cuanto sean aplicables; y se ha preferido precisar cuáles lo son y, en consecuencia, cuáles no.

El segundo párrafo del artículo 1181, por último, señala que si la obligación indivisible fuera solidaria, se aplicarían las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177. En otras palabras, la obligación indivisible que tenga la condición jurídica de solidaria se rige íntegramente por las reglas de la solidaridad, salvo en lo referente al artículo 1177, el cual señala que la indivisibilidad también operaría respecto de los herederos del acreedor o del deudor, porque la naturaleza de las cosas así lo exige.

Obligaciones mancomunadas y solidarias

La mancomunidad o solidaridad se determina, según se ha expresado, por la forma en que se obligan los codeudores o, a su vez, los coacreedores. A falta de pacto expreso, la obligación es mancomunada. En ciertos casos excepcionales, la solidaridad es impuesta por la ley.

“Artículo 1182.— Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles”.

El artículo 1182 es el único precepto relativo a las obligaciones mancomunadas. Es simplemente referencial, pues prescribe que las obligaciones de esta clase se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles, las mismas que están previstas por los artículos 1172, 1173 y 1174. En consecuencia, cada deudor de una obligación mancomunada está obligado únicamente a pagar su parte; lo mismo ocurre respecto a cada coacreedor; sólo tiene derecho a exigir su parte.

Respecto de las obligaciones mancomunadas, se ha considerado innecesario consignar reglas similares a las de otras legislaciones, como por ejemplo que el deudor que paga el íntegro de la prestación no se subroga en las acciones y derechos del acreedor para exigir la restitución a sus codeudores, o que la insolvencia de alguno de los codeudores mancomunados la soporta el acreedor y no los otros codeudores. Estos son principios evidentes y se infieren de la propia naturaleza jurídica de las obligaciones mancomunadas.

El Código trata en los artículos 1183 a 1204 de las obligaciones solidarias.

La solidaridad constituye una excepción al Derecho Común. El principio general es la división de la deuda entre quienes se obligan conjuntamente o, en su caso, la división del crédito entre los coacreedores; pero, en virtud de la solidaridad, se impide la división de la obligación entre los codeudores o entre los coacreedores. La importancia de la materia es evidente.

A diferencia del Código Civil de 1936, el Código de 1984 ordena las reglas referentes a la solidaridad pasiva y activa, modifica algunos preceptos del Código de 1936 e introduce nuevos conceptos no legislados por él.

“Artículo 1183.— La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”.

El artículo 1183 contiene el mismo principio que el artículo 1209 del Código de 1936, que se inspiró en el artículo 1202 del Código Napoleónico. Establece que la solidaridad no se presume y que tan sólo existe cuando la ley o el título de la obligación expresamente la determinen. Ante el silencio de las partes, la obligación debe considerarse simplemente como mancomunada.

La norma anterior es acogida por numerosos códigos, proyectos y anteproyectos. Baste citar los artículos 1188 del Código Italiano de 1865; 1137 del Código Civil Español; 513 del Código Portugués; 1568 del Código Colombiano; 896, primer párrafo, del Código Brasileño; 1223 del Código Venezolano; 1554, tercer párrafo, del Código Ecuatoriano; 1511, tercer párrafo, del Código Chileno; 435 del Código Boliviano; 11 del Código Polaco de las Obligaciones; 1391 del Código Uruguayo; 1202 del Código Dominicano; 1543 del Proyecto de 1891; 130 del Proyecto Franco - Italiano; 216 del Anteproyecto Brasileño y 743 del Anteproyecto Ossorio. No obstante, algunos códigos se apartan de este principio, entre ellos el Código Civil Alemán, artículo 427, y el Código Civil Italiano, artículo 1294. En ellos se señala que, si otra cosa no apareciera de la ley o del título de la obligación, se presume que la obligación se ha constituido con el carácter de solidaria. Por su parte, el artículo 1988 del Código Mejicano exige el pacto de solidaridad, pero no que éste conste expresamente. Finalmente añadiremos que el artículo 1207 del Código Civil Filipino prescribe que la obligación es solidaria cuando así lo exija su naturaleza.

El Código ha optado por la fórmula francesa. El artículo 1183 exige que la solidaridad conste expresamente. Ello se explica porque la solidaridad

pasiva es muy severa y permite al acreedor cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los codeudores; y la solidaridad activa, por su parte, permite a cualquiera de los acreedores exigir el íntegro de la prestación. Parece razonable, en este orden de ideas, que el Código de 1984 continúe con la filosofía que imprimió el legislador de 1936, exigiendo que la solidaridad conste en forma expresa.

“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”.

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. 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. El modo, la condición o el plazo, son elementos que no alteran el carácter solidario que puede revestir una relación obligacional. El segundo párrafo de la norma, destinado a aclarar conceptos, señala que cuando la obligación estuviera sujeta a condiciones o plazos suspensivos, su cumplimiento sólo podrá exigirse cuando se cumpla la condición o venza el plazo.

“Artículo 1185.— El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno”.

El artículo 1185 se aparta de la solución prevista por el artículo 1212 del Código de 1936, que recoge el principio de la prevención propiciado por *Pothier*, y que sigue el artículo 1198 del Código Napoleón y todas las legislaciones que encuentran su origen en esta regla, tales como los artículos 706 del Código Argentino, 1142 del Código Civil Español, 528 del Código Portugués, 1994 del Código Mejicano y 1570 del Código Colombiano. El precepto francés parece tener su antecedente en una interpretación errónea de los textos romanos; es así que la solución francesa, acogida por el legislador peruano

de 1936, desnaturaliza la solidaridad. No hay explicación lógica para que la prevención pueda impedir a uno de los coacreadores solidarios cobrar el íntegro de la obligación al deudor, pues aquel que ejercita en primer término la acción judicial, no adquiere, por esa circunstancia, el derecho a recibir el pago. Ello desvirtuaría la institución de la solidaridad.

El artículo 1185 del Código, cuya inspiración se encuentra en el artículo 428 del Código Civil Alemán y en el artículo 1296 del Código Civil Italiano, es, por lo contrario, congruente con la institución que estamos analizando.

“*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”.

El artículo 1186 reproduce el artículo 1213 del Código de 1936, y 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. La norma establece un efecto esencial de la solidaridad: que el acreedor puede dirigirse contra alguno de los deudores, o contra todos ellos; y que puede hacerlo simultánea o sucesivamente, hasta que cobre el íntegro de la deuda. El precepto responde, cabalmente, a la verdadera naturaleza jurídica de la solidaridad, vale decir, a la unidad de prestación, y demuestra que es ésta la garantía personal por excelencia. Cada codeudor puede ser constreñido por la totalidad —se le rehúsa, por tanto, el beneficio de la división—, de suerte que cada uno está expuesto a hacer el anticipo del monto íntegro de la deuda y a que el pago así efectuado libere, por lo menos en relación al acreedor, a todos los codeudores. Los codeudores solidarios lo son, tal como se ha expresado, por el íntegro.

Cabe advertir que en el Derecho Romano Clásico, cuando el acreedor dirigía su acción contra uno de los codeudores solidarios, no podía después hacerlo contra los otros; se entendía que la *litis contestatio* trabada con el deudor demandado producía la novación de la obligación primitiva y, por consiguiente, extinguía la obligación de los codeudores. En el sistema del

Derecho Romano Clásico, el acreedor se colocaba en la necesidad de hacer una elección definitiva del deudor al tiempo de promover su acción, cuando todavía no conocía la solvencia del elegido; si el deudor elegido resultaba insolvente, el acreedor tenía que soportar el perjuicio. Este sistema se prestaba, por lo demás, a colusiones entre los codeudores, con el fin de engañar al acreedor sobre la solvencia de uno de ellos.

Justiniano modificó esta doctrina y estableció que, no obstante la persecución contra uno de los codeudores solidarios, el acreedor conservaba el derecho de dirigir su acción contra los otros.

En el Derecho moderno, si el acreedor ha cobrado la deuda íntegramente a cualquiera de los deudores, no podrá ya exigir el pago de ella a los otros. Si el acreedor ha obtenido sólo un pago parcial, no podrá dirigir su acción contra los otros codeudores solidarios sino con deducción de la parte cobrada. Si el acreedor hubiese demandado a un deudor sólo por su parte, no existirá inconveniente para que después promueva acción contra todos los demás codeudores solidarios. Habrá en este último caso, de parte del acreedor, una renuncia tácita a la solidaridad respecto al deudor demandado (confróntense a este respecto los artículos 1200 y 1201).

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”.

El artículo 1187 responde al principio consagrado por el artículo 1217 del Código de 1936. En él se advierte, además, que la misma regla será de aplicación para los casos de la solidaridad activa. El precepto encuentra su origen en los artículos 712 del Código Argentino, 905 del Código Brasileño, 1993 y 1998 del Código Mejicano, 1580 del Código Colombiano, 1204 del Código Dominicano, 1395 del Código Uruguayo, 1523 del Código Chileno, 1566 del Código Ecuatoriano y 436 del Código Boliviano.

La norma consagra, en suma, que la solidaridad —sea activa o pasiva— no se trasmite a los herederos. 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 acreedor a exigir toda la prestación.

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 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.

De acuerdo con la regla contenida en el artículo 1187 comentado, 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. También puede exigir el íntegro de la prestación a los herederos del deudor fallecido, pero en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia. Regla similar se aplica en el caso de fallecimiento de uno de los coacreedores 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 prestaciones resultantes de la transacción”.

“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”.

Artículo 1190.— Cuando los actos a que se refiere el artículo 1188 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto a los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.

Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte”.

“*Artículo 1191.*— La consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor”.

Los artículos 1188, 1189, 1190 y 1191 legislan la novación, compensación, condonación, transacción y consolidación, tanto en la solidaridad pasiva como en la activa.

Los artículos 1188 y 1189 se refieren a la novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios. El artículo 1190, a los mismos actos practicados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, así como al pago. El artículo 1191, por último, a los casos de consolidación o confusión, tanto en la solidaridad pasiva como en la activa.

El principio que señala el artículo 1188, constituye la doctrina de *Savigny y Pothier* y se inspira en los artículos 1143 y 1146 del Código Español; 523 y 524 del Código Portugués; 31 del Código Libanés; 1215 del Código Filipino; 1556, segundo párrafo, del Código Ecuatoriano; 1513, segundo párrafo, del Código Chileno; y 1229, primer párrafo, y 1231 del Código Venezolano. El artículo 1188 consagra el principio según el cual la novación, compensación, condonación y transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás deudores. La idoneidad de la regla es evidente: el acreedor, quien es el único interesado en tal calidad, ha extinguido la obligación por medio distinto al pago; al ser dueño exclusivo del crédito, lo ha extinguido por acto practicado con uno de los codeudores, acto que produce el mismo efecto extintivo respecto de los demás.

La norma señala, no obstante, las consecuencias jurídicas que surgen entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores. En el caso de la novación, el Código confiere a los codeudores el derecho de responder por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación. En la compensación, los codeudores responden por su parte; principio que tiene carácter de evidente. Para la condonación se ha previsto que queda extinguida la obligación de los codeudores. Y, finalmente, para la transacción se da solución similar a la prevista para la novación, esto es, que los codeudores, a su elección, responden ante el

deudor que transigió, bien por su parte en la obligación original —respecto de la cual pueden litigar, por tratarse de asunto dudoso o ya sujeto a controversia—, bien por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción.

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 sólo quedan liberados en cuanto a la parte de aquel codeudor.

Los casos previstos por los artículos 1188 y 1189 están legislados por los artículos 1216 y 1219 del Código de 1936. Sin embargo, sus normas no son idénticas. El Código de 1936 establece, en efecto, que la obligación se extingue —al igual que lo estatuido en el Código de 1984—, pero no determina cuáles son los derechos, respecto de sus codeudores, del codeudor que practicó tales actos. Es verdad que en el Código de 1936 existen reglas dispersas sobre la materia en los títulos relativos a la condonación y consolidación, pero se ha considerado conveniente, por razones de técnica legislativa, que todos los preceptos estén ahora agrupados en los dos numerales citados y en el capítulo referente a las obligaciones solidarias.

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 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. El precepto tiene igual origen que el artículo 1188; también encuentra antecedentes en los artículos 1295, 1296, 2245 y 2268 del Código de 1852.

El artículo 1191, por último, rige los casos de consolidación o confusión, tanto en la solidaridad activa como en la pasiva. La norma, con origen en el artículo 1304 del Código Civil de 1936, señala que la consolidación operada en uno de los acreedores solidarios o en uno de los deudores solidarios, sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor. Estas reglas se explican por la naturaleza jurídica de la consolidación o confusión, que no es propiamente un medio extintivo de la obligación, pero que determina la imposibilidad de ejecutarla, según se ha expresado al comentar el artículo 1178. El artículo 1191 adopta la doctrina del artículo 1209 del Código Napoleónico, acogida por los artículos 2250 del Código de 1852;

1545, tercer párrafo, del Código Uruguayo; 1232 del Código Venezolano y 1209 del Código Dominicano.

Con los artículos 1192 a 1204 se regulan numerosas consecuencias jurídicas, de singular importancia, respecto de la solidaridad pasiva y activa.

“Artículo 1192.— A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores”.

El artículo 1192 recoge el principio consagrado por el artículo 1218 del Código de 1936, de texto similar al artículo 1208 del Código Francés y al artículo 715 del Código Argentino. La regla del Código de 1984 se inspira no sólo en esos preceptos, sino también en los artículos 525 del Código Portugués; 1995 y 1996 del Código Mejicano; 145 del Código Suizo; 911 del Código Brasileño; 17, primer párrafo, del Código Polaco; 1208 del Código Dominicano; 438 del Código Boliviano; y 131, primer párrafo, del Proyecto Franco-Italiano. A cada coacreedor o codeudor solidario, sólo pueden oponérseles las excepciones personales y las comunes a todos los coacreedores o codeudores. En consecuencia, si la excepción concierne sólo a uno de los coacreedores o codeudores, ella no podrá ser invocada por los demás. Y, a su vez, si la excepción es común a todos los coacreedores o a todos los codeudores, ella podrá ser invocada por cualquiera. Un vicio del consentimiento que afecte a uno solo de los codeudores solidarios, no alcanzará, sin duda, a los demás. La nulidad del acto jurídico, por tener objeto física o jurídicamente imposible, alcanzará a todos los codeudores.

Conviene hacer una aclaración. En el Derecho Procesal se hace una distinción entre defensas y excepciones. Las primeras están destinadas a discutir el fondo del derecho invocado por el demandante, por ejemplo los vicios del consentimiento, el haber pagado, etc. Las segundas, es decir, las excepciones, se relacionan no con el derecho de fondo del demandante sino con alguna cuestión de forma o de carácter previo, por ejemplo la excepción de pleito pendiente.

Al hablar de excepciones, la norma comentada ha tomado esta palabra no en su sentido técnico, sino en el sentido de defensa o de medios de defensa de los cuales pueden valerse los codeudores solidarios para controvertir el derecho del acreedor. Así se explica que el artículo 1192 hable de excepciones comunes a todos los acreedores o deudores y de excepciones que les son personales.

“Artículo 1193.— La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.

Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos”.

El artículo 1193, por su parte, se inspira en el artículo 1306 del Código Civil Italiano y en el artículo 522 del Código Portugués. La primera parte del precepto señala que la sentencia pronunciada en juicio seguido entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios, o entre el deudor y uno de los coacreedores solidarios, sólo produce efecto entre ellos. No tiene fuerza respecto de los demás. Agrega el segundo párrafo, empero, que los otros codeudores pueden oponerla al acreedor, siempre que no se fundamente en razones personales del codeudor que litigó, y que a su vez los otros coacreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo que éste oponga excepciones personales.

La sentencia, por tanto, sólo produce consecuencias entre quienes han intervenido en el litigio; es *res inter alios acta*. Sin embargo, el precepto faculta a los otros codeudores o coacreedores para oponerla al acreedor o deudor respectivamente, salvo las excepciones señaladas.

“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”.

El artículo 1194 se aparta radicalmente de lo preceptuado por el artículo 1221 del Código de 1936, que tiene su origen inmediato en los artículos 1207 del Código Francés, 714 del Código Argentino y 909 del Código Brasileño; y lo hace tanto en su forma como en su sustancia.

En lo que respecta a su forma, abandona la impropia terminología del dispositivo de 1936, que alude a la “demanda de intereses”, cuando el legislador deseó, sin duda, referirse a la “constitución en mora”. El legislador de 1936 empleó la terminología del Código Napoleónico, sin tener en cuenta una

diferencia importante: que mientras en nuestro derecho la constitución en mora puede efectuarse judicial o extrajudicialmente; en el Derecho Francés —hasta el mes de abril de 1900— la constitución en mora, para hacer correr los intereses moratorios, sólo podía resultar de una demanda judicial.

En cuanto al aspecto sustantivo, señala que la constitución en mora es personal y que, por tanto, no produce efecto respecto a los otros codeudores o coacreedores solidarios.

La culpa o el dolo, requisitos para que el codeudor o coacreedor solidario pueda ser constituido en mora, no se transfieren de ningún modo a los demás codeudores o coacreedores. Por ello el Código de 1984 prescribe en forma explícita que la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios, no tiene efecto respecto a los otros.

El artículo 1194 es plenamente compatible con el artículo 1195 del Código; a diferencia del artículo 1221 del Código de 1936, que es incongruente con el artículo 1220 del mismo Código. Tal incongruencia también se advierte, por establecer iguales principios, entre los artículos 1205 y 1207 del Código Napoleónico.

Si un codeudor solidario, en efecto, no responde de daños y perjuicios por la culpa en que incurre otro codeudor, ¿por qué habría de indemnizar el retraso en el cumplimiento de la obligación?

El principio es diferente cuando el único deudor es constituido en mora por uno de los coacreedores solidarios, o cuando el único acreedor es constituido en mora por uno de los codeudores solidarios. Si el deudor es uno solo, y es constituido en mora por alguno de los coacreedores solidarios, ello favorece a los otros. Y si el acreedor es uno solo, y es constituido en mora por alguno de los codeudores solidarios, ello también favorece a los demás codeudores.

Se han previsto estas reglas porque no significan, como en las hipótesis anteriormente analizadas, un desplazamiento o transferencia de la culpa o del dolo a terceras personas no responsables. En el caso de los coacreedores o codeudores solidarios, éstos estarían simplemente aprovechando la diligencia de quien cuidó de constituir en mora al deudor o acreedor, respectivamente.

“Artículo 1195.— El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de

la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.

El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento”.

El artículo 1195 reproduce idéntico principio que el artículo 1220 del Código Civil de 1936. Es la doctrina de *Dumoulin* y *Pothier*, acogida por el artículo 1205 del Código Francés y seguida por legislaciones tan importantes como la suiza, brasileña e italiana. Por lo demás, es el mismo principio que adoptan los artículos 520 del Código Portugués, 1578 del Código Colombiano y 1205 del Código Dominicano. En él se conjuga la naturaleza jurídica de la obligación solidaria, con elementales principios de justicia. Se descarta así el sistema propiciado por *Giorgi* y por *Planiol* y *Ripert*, —adoptado por los Códigos Español y Argentino—, sistema en virtud del cual los codeudores deben la estimación de la cosa y la indemnización de daños y perjuicios. Y se descarta también el sistema sustentado por el Código Civil Alemán, que se fundamenta en el pacto tácito de indivisibilidad del pago, en virtud del cual los codeudores no deben la estimación de la cosa ni la indemnización de daños y perjuicios.

En suma, conforme al Código de 1984, cada codeudor responde por el íntegro del valor de la prestación debida. Si la prestación es imposible por causa imputable a uno de los codeudores, cada uno sigue respondiendo por el íntegro de su valor, como consecuencia de haberse obligado solidariamente. Sin embargo, por la indemnización de daños y perjuicios sólo responde el codeudor o, solidariamente, los codeudores que hubieran incurrido en dolo o culpa. El principio que consagra el precepto es congruente no sólo con el concepto de que el dolo o la culpa son personales, sino con la doctrina que informa al artículo 1194 antes comentado.

“*Artículo 1196.*— Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores”.

“*Artículo 1197.*— La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.

Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación”.

“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”.

El artículo 1214 del Código de 1936 únicamente soluciona los casos de interrupción de la prescripción; no así, los de suspensión o renuncia. Por ello, los artículos 1196, 1197 y 1198 del Código de 1984 —basándose en el citado artículo 1214, en el artículo 713 del Código Argentino, y fundamentalmente en el artículo 1310 del Código Civil Italiano— rigen las tres hipótesis previstas, esto es, las de interrupción, suspensión y renuncia de la prescripción. Los artículos 1196, 1197 y 1198, también se inspiran en los artículos 2249 del Código Francés, 1292 del Código de 1852, 2130 del Código Italiano de 1865, 2249 del Código Dominicano y 136 del Proyecto Franco-Italiano.

Respecto de la interrupción de la prescripción, el Código consagra la solución tradicionalmente admitida —salvo casos excepcionales como el Código Civil Venezolano (artículo 1228)—, solución que es idéntica a la del artículo 1214 del Código de 1936. Ella se basa tanto en la idea de la unidad de prestación debida, que acogiera *Pothier* y que aceptan la generalidad de los romanistas modernos, como en la idea de la representación, sustentada por franceses tan ilustres como *Marcadé*, *Demolombe*, *Aubry y Rau*, *Laurent*, *Baudry-Lacantinerie* y *Bardé, Planiol, Huc y Colin y Capitant*. Dicha solución acepta que la interrupción de la prescripción respecto de uno de los codeudores solidarios, surte efecto respecto de los demás, y que la interrupción de la prescripción por uno de los coacreedores solidarios respecto del deudor común, surte, a su vez, el mismo efecto para los demás coacreedores.

La suspensión de la prescripción es personal. De allí la solución prevista por el artículo 1197. Tal suspensión respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios, no surte efecto para los demás.

El precepto agrega que el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando estos hayan sido liberados por prescrip-

ción. La regla es congruente con la naturaleza jurídica de las obligaciones de esta clase. El deudor respecto del cual se haya suspendido la prescripción, continúa siendo responsable por el íntegro de la prestación. Al confrontar la obligación de pago tiene el derecho, evidentemente, de exigir a sus codeudores la restitución de sus partes, aun cuando en las relaciones jurídicas entre tales codeudores y el acreedor, aquéllos le hubieran opuesto el beneficio de la prescripción.

La norma concluye señalando que el acreedor respecto del cual se hubiera suspendido la prescripción y que cobrara, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponda en la obligación. Se trata de evitar, con esta regla, que el coacreedor se enriquezca a expensas de los demás coacreedores.

Finalmente, si uno de los codeudores renunciara a la prescripción, ello tan sólo produciría efectos personales, es decir que no operaría respecto a los demás codeudores, contra quienes en ningún caso podría repetir si se liberaran como consecuencia de la prescripción. Por el contrario, la renuncia a la prescripción por el deudor o por uno de los codeudores solidarios ante uno de los coacreedores solidarios, favorece a los demás coacreedores. Así lo establece el artículo 1198.

“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”.

“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”.

“Artículo 1201.— Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquel que fue liberado de la solidaridad”.

“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”.

“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”.

“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”.

Los artículos 1199, 1200, 1201, 1202, 1203 y 1204 del Código contienen principios que no fueron incorporados por el legislador de 1936. Su origen se encuentra en los artículos 1309, 1311, 1313, 1312, 1298 y 1299 del Código Civil Italiano, respectivamente. Los artículos 1200 y 1202 también corresponden a los artículos 1573 y 1574, respectivamente, del Código Civil Colombiano. El artículo 1201 es similar al artículo 526 del Código Portugués. El artículo 1203 también se inspira en los artículos 1214 y 1216 del Código Napoleónico, 426 del Código Civil Alemán, 1999 y 2000 del Código Mejicano, 1579 del Código de Colombia y 1214 y 1216 del Código Dominicano.

El artículo 1199 contiene la misma doctrina que el artículo 1198. El reconocimiento de la deuda por uno de los codeudores solidarios no alcanza a los demás. Por el contrario, el reconocimiento hecho por el deudor ante uno de los coacreedores solidarios, favorece a los demás.

Los artículos 1200, 1201 y 1202, se refieren a las consecuencias jurídicas de la renuncia a la solidaridad.

El artículo 1200, en su primera parte, faculta al acreedor para renunciar a la solidaridad en favor de uno de los codeudores, conservándola respecto a los otros. Esta norma debe interpretarse conjuntamente con el artículo 1201:

si alguno de los codeudores solidarios es insolvente, su parte se distribuye a prorrata entre los demás codeudores, comprendiéndose, desde luego, a aquél que fue liberado de la solidaridad. La solución jurídica propuesta permite el eventual beneficio de uno de los codeudores solidarios, sin perjudicar a los demás.

El artículo 1200, en su segunda parte, establece dos casos en que se presume la renuncia a la solidaridad: si el acreedor otorga recibo a uno de los codeudores, tan sólo por su parte y sin reserva; o si acciona contra él judicialmente, también por su parte y sin reserva.

El artículo 1202 prevé principios similares para el régimen de los frutos e intereses: si el acreedor recibe de uno de los codeudores solidarios, sin reserva, sólo parte de los frutos e intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva respecto a los frutos o intereses futuros.

El artículo 1203, por su parte, se refiere a las relaciones internas entre los codeudores o coacreedores solidarios. Establece el precepto que en estos casos la obligación se divide entre los diversos codeudores o coacreedores, salvo que ella hubiese sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.

La norma agrega que las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, salvo pacto en contrario. Esta regla es razonable y justa; se trata de una presunción *juris tantum* que admite la prueba en contrario.

Sobre la materia a que se refiere el artículo 1203, y en particular en lo relativo a las relaciones de los codeudores solidarios entre sí, la solución, en el Derecho Romano, es confusa. En la doctrina encontramos tres sistemas: 1) El que niega en absoluto el recurso por considerarlo incompatible con la naturaleza de la obligación solidaria. El deudor que ha pagado la totalidad de la deuda —se sostiene en este sistema— ha pagado lo que debía y, por consiguiente, faltaría toda razón para concederle recurso contra sus codeudores. 2) En el segundo sistema, radicalmente opuesto al anterior, se establece como principio indiscutible el derecho del deudor para entablar el recurso. Esto respondería al propósito de impedir que los codeudores se enriquecieran a costa de quien hizo el pago. 3) En un tercer sistema, que es el que ha seguido el Código, y que es intermedio entre los dos anteriores, se enseña que en la cuestión del recurso no puede darse una solución absoluta. El recurso procederá o no, según que entre los codeudores solidarios haya existido o no comunidad de intereses. Esta es la razón que justifica la redacción del segundo párrafo del artículo 1203.

Si no existe comunidad de intereses entre los codeudores solidarios, el peso de la obligación deberá ser asumido íntegramente por el deudor en cuyo interés fue contraída: si el pago fue hecho por otro codeudor, éste tendrá un recurso contra el verdadero obligado por la totalidad de su importe; si el pago fue hecho por el deudor interesado, él no tendrá recurso alguno contra sus codeudores. Para ejercitar el recurso contra los otros codeudores se promoverá la acción de subrogación prevista por el artículo 1263 del Código. El codeudor solidario que hizo el pago se subrogaría en los derechos del acreedor.

Por último, el artículo 1204, con el que concluyen las normas de las obligaciones solidarias, prescribe que si alguno de los deudores fuera insolvente, su porción se distribuye entre los demás —incluyendo desde luego a aquél que hizo el pago—, de acuerdo con sus intereses en la obligación. Se aclara en el último párrafo que si el insolvente fuera el codeudor en cuyo interés exclusivo se asumió la obligación, la deuda se distribuye por partes iguales entre los demás codeudores.

TITULO VII

Reconocimiento de las obligaciones

“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” .

De acuerdo con la técnica del Código Civil de 1936, el título relativo al reconocimiento de las obligaciones tiene un solo artículo: el 1205, cuyo texto es similar al del artículo 1231 del Código antes mencionado y que está inspirado en los artículos 719 y 720 del Código Argentino. El legislador de 1984 es, sin embargo, más lacónico que el legislador argentino, quien dedicó seis artículos a la materia.

El reconocimiento de la obligación —como figura jurídica distinta a la novación o a la confirmación del acto jurídico— interesa en dos hipótesis. Primera: cuando existe una obligación pero falta el instrumento donde conste, sea por no haberse extendido, sea por haberse extraviado o destruido. Segunda: para impedir el cumplimiento de una prescripción.

El reconocimiento de una obligación constituye, evidentemente, un acto jurídico. Pero éste no crea la obligación; supone, por el contrario, una obligación anterior, y todo lo que hace es verificar su existencia.

En lo relativo a la forma, el reconocimiento puede practicarse por testamento o por acto *inter vivos* y, en este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiese prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá hacerse en la misma forma.

1870

...

...

...

...

...

TITULO VIII

Trasmisión de las obligaciones

CAPITULO UNICO

Cesión de derechos

En la introducción se ha explicado las razones por las que se legisla la cesión de derechos como capítulo único de la trasmisión de las obligaciones, así como los antecedentes legislativos que han inspirado las normas del Código Civil de 1984.

“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”.

Este precepto establece que, por la cesión, el cedente no se obliga a transferir la prestación a cargo de su deudor. El cede, simplemente, el derecho a exigir la prestación; lo que está de acuerdo con la naturaleza jurídica del acto de disposición.

Tampoco se exige que la cesión sea a título oneroso, pues el título para la transferencia está dado por la relación contractual o extracontractual que genera la obligación de transferir el derecho.

La cesión es un acto jurídico entre el cedente y el cesionario, y sólo entre ellos se generan obligaciones recíprocas. Lo que para el cedente constituye un derecho es obligación para el cesionario, y viceversa.

La norma no sólo da cabida a un derecho crediticio, sino a todo otro derecho personal. De este modo se modifica el Código Civil de 1936 —artículos 1456 a 1464 sobre el contrato de cesión de créditos—, pues se concibe la cesión de derechos en general, comprendiéndose, inclusive, la cesión de derechos hereditarios o de aquéllos que emanan de una disposición legal.

El precepto, finalmente, pone de manifiesto que la cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor cedido, pues ello constituye uno de los rasgos inherentes a la cesión de derechos.

“Artículo 1207.— La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión”.

En el artículo 1207 el legislador ha considerado necesario prescribir una formalidad que tenga el carácter de *ad solemnitatem*. La inobservancia de la forma escrita acarrea la nulidad del acto; su existencia no podrá demostrarse mediante pruebas supletorias.

Sin embargo, el segundo párrafo del precepto aclara que si el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho consta por escrito, este documento puede utilizarse como prueba de que se ha operado la cesión de derechos.

“Artículo 1208.— Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa”.

El Código introduce la posibilidad de que se cedan derechos litigiosos, sea que se trate de controversias judiciales, arbitrales o administrativas. Desde luego, el cesionario quedará a las resultas del proceso correspondiente, vale decir, en igual situación jurídica que el cedente en el caso de que no hubiera cedido sus derechos.

“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”.

El Código legisla sobre la cesión de derechos hereditarios. Consideramos que con la norma propuesta se mejoran los artículos 1461, 1462 y 1463 del

Código Civil de 1936, los mismos que tienen origen en los artículos 1475, 1476 y 1477, respectivamente, del Código Civil de 1852 y en los artículos 1898 y 1899 del Proyecto de 1891.

Con la observación de que se cede el derecho, no a la herencia, sino a un patrimonio hereditario ya causado, el Código salva los defectos de interpretación que originó la legislación de 1936.

El artículo 1212 —como luego veremos— obliga al cedente a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto. El artículo 1209, dada la especificidad de la cesión a la que él se refiere, prescribe que necesaria y obligatoriamente el cedente debe garantizar su calidad de heredero, pues es éste el único título que hace posible la cesión. La norma no admite pacto en contrario.

Como aclara *José León Barandiarán*, garantizar la calidad de heredero es una cuestión de derecho y no de hecho. Esto significa que el cedente se responsabiliza por su calidad de heredero por vocación legal o testamentaria vigente.

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, librado a la convención entre las partes; 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.

“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”.

La norma se inspira en el artículo 1456 del Código Civil de 1936, con origen en los artículos 1868 y siguientes del Proyecto de 1891, 1444 del Código Argentino, 399 del Código Alemán, 164 del Código Suizo de las Obligaciones y 1065 del Código Brasileño.

Al igual que el artículo 1456 citado, el Código de 1984 se ubica en la premisa de que el derecho es cesible, pero que, al mismo tiempo, no siempre puede ser objeto de cesión, sea por imperativo de la ley, por su naturaleza o por el pacto con el deudor. La cesibilidad del derecho es, pues, la regla general; las excepciones están previstas en forma expresa.

La primera excepción resulta de la prohibición legal. La segunda, cuando la naturaleza de la obligación lo impide; por ejemplo, los derechos *intuitu personae* no son susceptibles de cesión. Finalmente, la incesibilidad puede pactarse y ello constituye la tercera excepción a la regla general; el fundamento de esta última excepción radica en la autonomía de la voluntad y en el principio de que el pacto debe respetarse. Este pacto, desde luego, puede tener variados matices; por ejemplo, puede prohibirse la cesión en términos absolutos o en términos relativos y, en este último caso, exigirse que la cesión se realice únicamente con el asentimiento del deudor, luego del cumplimiento de determinados requisitos o en función de las personas.

Si en el instrumento por el que se constituyó la obligación consta el pacto prohibitivo o restrictivo, o si se prueba que este pacto lo conocía el cesionario al tiempo de la cesión, entonces tal pacto es oponible a dicho cesionario. Así lo preceptúa la segunda parte del artículo 1210 comentado.

“Artículo 1211.— La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario.

En el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviere en poder del cedente, mas no si estuviere en poder de un tercero”.

El artículo 1211 establece una consecuencia lógica de la cesión de derechos. Esta debe comprender, a falta de convención en contrario, la transmisión al cesionario de todos los privilegios de los que gozaba el cedente, de las garantías reales y personales y de los accesorios del derecho transmitido.

Se aclara, en caso de que el derecho transmitido estuviera garantizado con un bien pignorado, que éste deberá ser entregado por el cedente —si estuviere en su poder— al cesionario. Pero si el bien sobre el que se ha constituido la prenda está en poder de un tercero, entonces dicho tercero continuará conservándolo en su misma condición jurídica de depositario.

“Artículo 1212.— El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto”.

La norma del Código Civil de 1984 tiene su antecedente en el artículo 1458 del Código de 1936 y éste, a su vez, en los artículos 1472 del Código Civil de 1852, 1886 del Proyecto de 1891, 1693 del Código Francés, 437 del Código Alemán, 1476 y 1484 del Código Argentino, 1073 del Código Brasileño, 171 del Código Suizo de las Obligaciones, 1529 del Código Español y 1907 del Código Colombiano.

Se ha sustituido la palabra “sanear” por la expresión “garantizar la existencia y exigibilidad”, ya que el saneamiento no siempre comprende estos dos conceptos.

La obligatoriedad del precepto está referida a la existencia del derecho que se cede y a su legitimidad. De este modo, se garantiza al cesionario la adquisición de un derecho vigente y, desde luego, su exigibilidad. Por ello, de no mediar pacto en contrario, el cedente debe responder por la extinción del derecho que cede.

“Artículo 1213.— El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto”.

La fórmula propuesta complementa el artículo 1212 y encuentra su fuente en los artículos 1459 y 1460 del Código Civil de 1936, que a su vez se inspiraron en los artículos 1473 y 1474 del Código de 1852, 1888 y 1889 del Proyecto de 1891, 1964 y 1965 del Código Francés, 438 del Código Alemán, 1476 del Código Argentino, 1074 del Código Brasileño, 171 del Código Suizo de las Obligaciones, 1529 del Código Español y 1907 del Código Chileno.

Si bien el sentido del artículo 1213 es el mismo que el de los artículos 1459 y 1460 del Código de 1936, su enunciación en una sola norma lo integra mejor a la sistemática del Código de 1984.

Al igual que las disposiciones que le sirven de antecedente, el Código mantiene el carácter convencional de la obligación de garantizar la solvencia del deudor. Los alcances de la garantía están, pues, vinculados a la convención entre las partes; son ellas las que deben determinar los límites de tal garantía

y, también, si está referida a la solvencia en la época en que se celebra la cesión, o si alcanza a la época en que pueda exigirse la obligación.

Del texto del artículo 1213 comentado, se desprende que los efectos de la responsabilidad del cedente están vinculados al carácter supletorio de la norma, vale decir, que las partes pueden eliminar, restringir o ampliar la responsabilidad.

“Artículo 1214.— Cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor”.

El artículo 1214 tiene su antecedente inmediato en el artículo 1464 del Código Civil de 1936, y mediato, en los artículos 1076 del Código Brasileño; 1971, segunda parte, del Código Colombiano; 1913 del Código Chileno y 173 del Código Suizo de las Obligaciones.

El precepto dispone que cuando la cesión de derechos opera *ex lege*, el cedente no responde de la realidad del derecho cedido ni de la solvencia del deudor. La razón de la norma es que la cesión no depende, en esta hipótesis, de la voluntad del deudor.

“Artículo 1215.— La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o les es comunicada fehacientemente”.

El precepto anterior tiene su antecedente en el artículo 1457 del Código de 1936, cuyas fuentes se remontan a los artículos 1469 del Código de 1852, 1875 del Proyecto de 1891, 1690 del Código Francés, 410 del Código Alemán, 167 del Código Suizo de las Obligaciones, 1069 del Código Brasileño, 1459 del Código Argentino, 1527 del Código Español y 1902 del Código Chileno.

Ha quedado claramente establecido que la cesión de derechos es tan sólo una relación jurídica entre el cedente y el cesionario; la presencia del deudor es la de un tercero. Por ello el Código de 1984, al igual que el de 1936, plantea la posibilidad de que la cesión sea sometida al deudor para que la acepte, pero sin que su consentimiento le confiera eficacia; es suficiente que la cesión se le comunique fehacientemente.

El único propósito de la norma es otorgar al deudor la oportunidad de

oponerse a la cesión si se presenta alguno de los supuestos previstos por el artículo 1210.

“Artículo 1216.— El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada”.

El artículo 1216 es consecuencia necesaria del artículo 1215 y se inspira en el artículo 1264 del Código Civil Italiano.

Conocida de algún modo la cesión, el deudor no puede sustraerse a sus efectos y debe considerar como su acreedor al cesionario, ya que la buena fe es el principio rector de toda relación jurídica.

“Artículo 1217.— Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado”.

El artículo 1217, finalmente, prevé la hipótesis de que un mismo derecho fuese cedido a varias personas. El Código, para estos casos, determina que prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiese aceptado. Los otros cesionarios sólo podrán accionar por daños y perjuicios contra el cedente, si ello procediere, pero carecerán de acción contra el deudor cedido para ejercitar los derechos que les fueron transferidos.

SECCION SEGUNDA

EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

THE UNIVERSITY OF

CHICAGO

TITULO I

Disposiciones Generales

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

“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”.

Los artículos 1218 y 1219 del Código contienen las disposiciones generales sobre los efectos de las obligaciones.

El texto del artículo 1218 es similar al artículo 1232 del Código de 1936, norma que, a su vez, se asemeja al artículo 1157 del Código Civil Espa-

ñol y al artículo 928 del Código del Brasil y que encuentra su antecedente en los artículos 1260, 1283 y 2123 del Código Civil de 1852.

El artículo 1219, por su parte, es similar al artículo 1233 del Código Civil de 1936, cuyos tres primeros incisos encuentran su origen en el artículo 505 del Código Argentino y en los artículos 68, 97 y 98 del Código Suizo, y cuyo inciso 4) se basa en el artículo 1166 del Código Napoleónico y en el artículo 1261 del Código Civil de 1852. El precepto cuida de aclarar, sin embargo, tres conceptos: que el acreedor también queda autorizado para procurarse la prestación directamente, sin necesidad de recurrir a un tercero; que no sólo queda autorizado para el ejercicio de la acción subrogatoria u oblicua, sino para asumir la defensa, llegado el caso, de los derechos de su deudor; y que los derechos consagrados por el artículo 1219 pueden ejercitarse simultáneamente, salvo las hipótesis previstas por los incisos 1) y 2), que son incompatibles.

El artículo 1218 establece un principio claro y unánimemente aceptado: la obligación, salvo cuando sea inherente a la persona, lo prohíba la ley o se haya pactado en contrario, se trasmite a los herederos.

La obligación asumida en un contrato de mutuo se transmitirá, sin duda, a los herederos del deudor, salvo estipulación en contrario. La obligación de hacer *intuitu personae*, vale decir, aquella en que el deudor fue elegido por sus cualidades personales, no se transmitirá, por supuesto, a sus herederos. El precepto no requiere mayores explicaciones.

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

No pretende la norma, desde luego, recoger todos los derechos que la ley confiere al acreedor ante el deudor. Así, la acción revocatoria o pauliana está prevista en el libro relativo al Acto Jurídico —artículos 195 a 200— y existen otros preceptos que franquean los medios destinados a cautelar el patrimonio del deudor —tales como la interrupción de la prescripción, la formación de inventarios, etc.— que se encuentran diseminados en la legislación.

El artículo 1219 señala con claridad que la ley acuerda al acreedor el ejercicio de los siguientes derechos:

- 1) El empleo de los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se obligó, vale decir, la ejecución forzada de la obligación, sea que se trate de una obligación de dar, de hacer o de no ha-

cer. Como explica *Beaudant*, "a falta de ejecución voluntaria, el acreedor puede recurrir a la ejecución forzada por la intervención de la autoridad pública. De allí la acción o ejercicio judicial del derecho; la acción no es otra cosa que el derecho mismo en cuanto él es ejercido judicialmente. De allí entre otras cosas, las vías de ejecución forzada o medios a disposición del acreedor para realizar su crédito".

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

- 2) Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor. Cuando la prestación, en las obligaciones de dar, consiste en un bien fungible, el precepto podrá tener plena aplicación. Su vigor, en las obligaciones de hacer, está condicionado a que la obligación no sea *intuitu personae*, esto es, que no se haya contraído atendiendo a cualidades del deudor. En las obligaciones de no hacer, sólo se aplicará si fuera posible destruir lo ejecutado.

Una observación adicional. El ejercicio de los derechos previstos por el inciso 2) comentado, requiere, para que el cumplimiento de la obligación sea necesariamente por cuenta del deudor, autorización judicial. En caso contrario el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, podrá procurarse la prestación directamente o hacérsela procurar por un tercero y exigir luego la restitución de cualquier costo adicional en vía de daños y perjuicios. En otras palabras, en este caso el acreedor no podrá tener la certidumbre de que el eventual mayor costo que demandaría el cumplimiento de la obligación vaya a ser necesariamente sufragado por el deudor, porque los daños y perjuicios estarían sujetos a las contingencias de la prueba de su existencia y de su cuantía.

- 3) Exigir el pago de una indemnización. Sea que se trate de un incumplimiento total o de un incumplimiento parcial o irregular, el acreedor que pruebe la existencia de daños y perjuicios y su cuantía, si la inejecución de la obligación o su ejecución parcial o de-

fectuosa fueran imputables al deudor, tendrá derecho al pago de una indemnización.

- 4) Promover acciones subrogatorias u oblicuas. El acreedor, ante un deudor negligente e insolvente, tiene el derecho de ejercitar las acciones destinadas a lograr que reingrese materialmente en el patrimonio de su deudor lo que jurídicamente figure en él.

No podrá, por tanto, introducir alteraciones jurídicas en tal patrimonio. Le estará vedado enajenar y, generalmente, administrar, tampoco podrá ejercitar acciones extrapatrimoniales —una acción de filiación, por ejemplo— aunque pudieran tener importantes consecuencias económicas; ni tampoco, acciones patrimoniales de carácter predominantemente moral— por ejemplo, la acción indemnizatoria resultante de una difamación—. Estas restricciones se consideran como derechos inherentes a la persona, que no pueden, por tanto, ser objeto de acciones subrogatorias u oblicuas. El precepto introduce explícitamente un concepto adicional: el acreedor tiene el derecho de asumir la defensa de los intereses de su deudor negligente e insolvente.

Sin embargo, en ambos casos —sea en vía de acción, sea en vía de defensa— el beneficio se convertirá en prenda común de todos los acreedores. Quien ejercite la acción subrogatoria u oblicua no cuenta con privilegios sobre el bien que hizo reingresar en el patrimonio de su deudor; en la misma medida en que tampoco tiene privilegios quien haya evitado, mediante su defensa, la salida de un bien de dicho patrimonio.

Una consideración final. Aunque para el ejercicio de la acción subrogatoria u oblicua el acreedor no necesita recabar autorización judicial previa, sí estará obligado a solicitar que se cite a su deudor en el juicio que promueva. Como ha expresado *Planiol*, “esta formalidad es de una extrema utilidad: ella sólo permitirá dar a la decisión en que intervenga, fuerza de cosa juzgada con respecto del deudor, titular real del derecho ejercitado por sus acreedores. De no tomarse esta precaución, se chocaría con las más graves dificultades para determinar el efecto de la acción ejercida por los acreedores”. Desde luego, esta exigencia queda descartada cuando el acreedor ejercita los derechos del deudor en vía de defensa, pues en estos casos el deudor es parte en el proceso.

TITULO II

Pago

El Código legisla el pago, esto es, la forma como usualmente se extingue la obligación, entre los artículos 1220 y 1276. Sigue en esta materia la misma técnica que el Código Civil de 1936, salvo en lo relativo a la mora y al pago de intereses.

La mora es una institución propia de la inejecución de las obligaciones. Por eso se legisla en sus dos modalidades --mora del deudor y mora del acreedor-- en el título final del Libro VI, conjuntamente con las disposiciones generales sobre inejecución de las obligaciones y las reglas de las obligaciones con cláusula penal. En cuanto al pago de intereses, puesto que es una materia susceptible de aplicación al pago de toda clase de deudas y no sólo al contrato de mutuo, se le ha dedicado un capítulo en el título relativo al pago.

Los artículos 1220 a 1241 del Código consignan las disposiciones generales sobre el pago. Los artículos 1242 a 1250 se refieren al pago de intereses. Los artículos 1251 a 1255 regulan el pago por consignación. Los artículos 1256 a 1259 legislan la imputación del pago. Los artículos 1260 a 1264 se ocupan del pago con subrogación. Los artículos 1265 y 1266 norman la dación en pago. Y finalmente los artículos 1267 a 1276 tratan sobre el pago indebido o pago de lo que no se debe.

Luego de estas consideraciones previas estudiaremos en detalle las normas del pago.

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales

“*Artículo 1220.*— Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación”.

“*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”.

Los artículos 1220 y 1221 contienen reglas de singular importancia.

El artículo 1220 —de texto similar al artículo 1234 del Código de 1936, con origen en los artículos 362 del Código Alemán, 69 del Código Suizo y 605 del Proyecto Sánchez de Bustamante—, señala que el pago se entiende realizado únicamente cuando se cumple el íntegro de la prestación. El deudor, para satisfacer la obligación, debe cumplirla totalmente. Antes de ello, no se entiende efectuado el pago.

El artículo 1221, por su parte, es de texto similar al artículo 1247 del Código de 1936. Esta norma, por lo demás, es acogida por otros preceptos legales, tales como los artículos 1244 del Código Francés, 1169 del Código Español, 742 y 743 del Código Argentino, 69 del Código Suizo, 1181 del Código Italiano, 763 del Código Portugués, 2078 del Código Mejicano, 300 del Código Libanés, 1591 del Código Chileno, 1634 del Código Ecuatoriano y 1244 del Código Dominicano. Dicha norma dispone que el acreedor no podrá ser compelido —salvo que la ley o el contrato lo autoricen— a recibir parcialmente la prestación debida, a no ser que la deuda tenga una parte líquida y otra ilíquida. En este caso procede que cualquiera de las partes exija el cumplimiento de la primera.

La regla general, si sólo existen un acreedor y un deudor, es que el pago tiene la condición de indivisible, aun cuando la prestación sea divisible. Tal principio admite, sin embargo, excepciones: cuando la ley o el contrato autorizaran pagos parciales; o cuando la deuda tuviese una parte líquida y otra ilíquida.

Escribe *Quintus Mucius Scaevola* al comentar el artículo 1169 del Código Español, que lo prescrito por éste “es un efecto natural también del mismo principio a que responden el cumplimiento de las obligaciones y del derecho concedido en ellas al acreedor pues en todo ello se requiere, como primera e ineludible condición, que se sepa lo que se puede reclamar y lo que en conciencia se debe satisfacer. Y como las deudas líquidas no son reclamables sino al mismo tiempo que la liquidación, si llegado el caso del vencimiento de un compromiso una parte de él fuese conocida y liquidada y otra se hallase pendiente de este último requisito, ni el acreedor debería verse obligado a esperar, para el cobro de las dos porciones, la liquidación de una de ellas, ni debería negarse al deudor la facultad de satisfacer parcialmente su obligación en cuanto a lo ya decidido y conocido”.

“*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 asentamiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago”.

“*Artículo 1223.*— Es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.

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

Los artículos 1222 y 1223 señalan quiénes pueden hacer el pago y las condiciones para que éste sea válido.

El artículo 1222 —inspirado en el artículo 1235 del Código de 1936 y en los principios contenidos en los artículos 1236 del Código Napoleónico, 1158 del Código Español, 726 al 728 del Código Argentino, 930 del Código del Brasil, 1630 del Código Colombiano, 1615 y 1616 del Código Ecuatoriano, 1572 y 1573 del Código Chileno, 1236 del Código Dominicano, 2064 al 2071 del Código Mejicano, 767 y 768 del Código Portugués y 606 del Proyecto Sánchez de Bustamante— permite que el pago sea hecho por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentamiento del deudor o sin él. En consecuencia, el pago se puede verificar por un tercero con conocimiento del deudor, en su ignorancia o contra su voluntad.

El precepto no se aplica cuando la obligación, por su naturaleza, es *intuitu personae* (caso frecuente en las obligaciones de hacer y necesario en las obligaciones de no hacer), o cuando las partes le hubieran conferido, por pacto, tal calidad. Este es el supuesto previsto, por ejemplo, en materia de obligaciones de hacer, por el artículo 1149. En los casos citados, el pago no puede ser hecho por un tercero. En los demás, es irrelevante para el acreedor recibir la prestación del propio deudor o de un tercero, en la medida, desde luego, en que se cumpla con la prestación estipulada.

Cuando paga un tercero por tener legítimo interés en el cumplimiento de la obligación —un fiador, por ejemplo—, éste queda subrogado de pleno derecho en la relación obligacional de acuerdo con el artículo 1260, inciso 2), del Código, que concuerda con el primer párrafo del artículo 1889. Cuando paga un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, puede quedar subrogado en las hipótesis previstas por el artículo 1261. Si quien paga no se subroga en los derechos del antiguo acreedor, puede ejecutar sólo la acción de repetición contra el deudor.

El deudor, a su vez, únicamente estará obligado a restituir aquello en que le hubiese sido útil el pago, siempre y cuando éste hubiera sido sin su asentimiento. Si el pago se hizo con su asentimiento, entonces deberá restituir lo pagado, aun cuando no le hubiera sido útil.

Se observa que el artículo 1222 del Código de 1984, a diferencia del artículo 1235 del Código de 1936, permite la restitución de aquello en que hubiese sido útil el pago al deudor cuando este pago se hubiera efectuado sin su asentimiento, vale decir, cuando se hizo desconociéndolo el deudor o contra su voluntad. Esta regla es lógica. El desconocimiento o la oposición al pago deben producir iguales efectos: exigir únicamente la restitución de aquello en que hubiera sido útil el pago al deudor. Corresponderá al tercero demostrar tanto el hecho del pago, como la utilidad del mismo para el deudor.

El artículo 1223 refunde en una norma los artículos 1236 y 1237 del Código de 1936, que tienen su antecedente en los artículos 2218 y 2219 del Código de 1852. Otros preceptos legales optan por reglas similares, tales como los artículos 1238 del Código Francés, 1160 del Código Español, 2087 del Código Mejicano, 765 del Código Portugués, 1633 del Código Colombiano, 1575 del Código Chileno, 1618 del Código Ecuatoriano, 1285 del Código Venezolano, 1238 del Código Dominicano y 2904 del Proyecto de 1891.

El precepto comentado señala importantes conceptos: quien hace el pago debe encontrarse en aptitud legal de efectuarlo, a fin de pagar válida-

mente; sin embargo, quien de buena fe recibe en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, está obligado sólo a restituir lo que no se hubiese consumido o gastado. La buena fe consistirá en este caso en haber recibido el pago creyendo que quien lo hacía se encontraba en aptitud legal de realizarlo.

Es oportuno señalar que se ha incorporado en el artículo 1223 únicamente el principio general, sin detallar la rica casuística que de él puede derivarse; cosa que sí hacen otros Códigos (artículo 765 de la ley portuguesa); aunque en forma parcial e incompleta. En efecto, quien verifica el pago puede proceder de mala fe y quien lo recibe, de buena fe o de mala fe. A su vez, quien realiza el pago puede proceder de buena fe, y quien lo recibe, de buena fe o de mala fe. Para la solución de estos casos deberá apelarse a otras normas específicas incorporadas en el Código y, en su ausencia, a los Principios Generales del Derecho.

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

“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”.

“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”.

“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”.

“Artículo 1228.— El pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique, no extingue la obligación”.

Los artículos 1224 a 1228 del Código señalan a quién debe efectuarse el pago.

El artículo 1224, con origen mediato en el artículo 2220 del Código de 1852, es de texto similar al artículo 1238 del Código de 1936; pero incluye una adición que resuelve un supuesto impropriadamente omitido por el Código de 1936. En ésta se señala que el pago hecho a la persona designada por el acreedor también extingue la obligación. El caso se refiere, por ejemplo, al

de un representante voluntario. La norma, en suma, prescribe que la obligación queda extinguida cuando el pago se verifica al acreedor o a la persona designada por el juez, por la ley o por el propio acreedor. La obligación también queda extinguida cuando, hecho a persona no autorizada, el pago es ratificado o aprovechado por el acreedor.

Reglas similares al artículo 1224 comentado existen en otras normas legales, tales como los artículos 1239 del Código Francés, 733 del Código Argentino, 1162 y 1163 del Código Civil Español, 934 del Código del Brasil, 2073 del Código Mejicano y 1188 del Código Italiano, la primera parte del artículo 1634 y el artículo 1635 del Código Colombiano y los artículos 770 y 771 del Código Portugués, 1619 del Código Ecuatoriano, 1576 del Código Chileno y 1239 del Código Dominicano.

El artículo 1225 reproduce el artículo 1239 del Código Civil de 1936. El Proyecto formulado por la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil proponía un texto distinto, con el objeto de mejorar la redacción del artículo 1239 citado e introducir explícitamente el concepto de la buena fe. El precepto es similar a los artículos 1240 del Código Francés; 2221 del Código de 1852, 732 del Código Argentino, 1164 del Código Español, 935 del Código del Brasil, 2076 del Código de Méjico y 1189 del Código Italiano, a la segunda parte del artículo 1634 del Código Colombiano, y a los artículos 1455 del Código Uruguayo, 1619 del Código Ecuatoriano, 1576 del Código Chileno, 1240 del Código Dominicano y 261 del Anteproyecto Brasileño.

La fórmula propuesta en el Proyecto citado —artículo 1246—, sustituía la expresión “posesión del derecho de cobrar” por la de “persona que goza verosímilmente de la calidad de acreedor”, con lo cual se otorgaba propiedad al lenguaje. La sustitución pretendía señalar que quien cobraba debía aparentar con verosimilitud tener la condición de dueño del crédito, aunque el propietario fuese otro. Recordemos que la doctrina menciona los siguientes ejemplos de acreedor putativo: el caso de un heredero aparente de un acreedor fallecido, que posteriormente es excluido por otro heredero legal más próximo; el de un heredero testamentario desplazado en virtud de revocación o anulación del testamento; o el del cesionario de un crédito, cuyo título quedase sin efecto (*José León Barandiarán*).

También se introducía el concepto de la buena fe, consagrado tan sólo implícitamente por el artículo 1239 del Código de 1936. Quien paga debe tener buena fe, vale decir, debe estar en la creencia de que quien cobra es el verdadero acreedor. En caso contrario, ¿con qué título podría sostener la validez del pago?

No obstante estas consideraciones, la Comisión Revisora prefirió retornar al texto del artículo 1239 del Código de 1936.

El artículo 1226 – similar a los artículos 370 del Código Alemán, 937 del Código del Brasil, 771 del Código Portugués y 260 del Anteproyecto Brasileño – es transcripción del artículo 1241 del Código de 1936 y su interpretación no ofrece dificultades. El portador de un recibo se reputa que está autorizado para recibir el pago, salvo que las circunstancias pueden conducir a apreciar que quien cobra carece de tal autorización. Se presume que el portador del recibo es representante tácito o cesionario del acreedor para recibir el pago. Si el deudor paga de buena fe al portador del recibo, hace un pago eficaz; son de cuenta del acreedor los riesgos que puedan provenir de la pérdida o hurto del recibo.

La primera parte del artículo 1227 es de texto similar a la primera parte del artículo 1240 del Código Civil de 1936. El pago hecho a incapaces, para ser válido, requiere el consentimiento de sus representantes legales. En caso contrario, la obligación no se extingue. La norma, dictada como medida de protección al incapaz, tiene una excepción consignada en el segundo párrafo: la obligación se extingue, aun cuando el pago al incapaz se hubiera efectuado sin el consentimiento de su representante legal, en todo lo que le hubiese sido útil. El segundo párrafo del artículo 1227 comentado, se aparta de la segunda parte del artículo 1240 del Código de 1936, ya que éste sólo admite la validez del pago cuando se probara que se destinó a alimentar al incapaz. El nuevo Código Civil, inspirándose en otras legislaciones, considera que el pago debe ser válido en todo aquello en que hubiese sido útil al incapaz.

La norma comentada encuentra sus antecedentes en los artículos 1241 del Código Francés, 2222 del Código de 1852, 1243 del Código Italiano de 1865, 1163 del Código Español, 734 del Código Argentino, 936 del Código del Brasil, 1190 del Código Italiano, 2075 del Código Mejicano, 1456 del Código Uruguayo, 1241 del Código Dominicano, 175 del Proyecto Franco-Italiano y 262 del Anteproyecto Brasileño.

El artículo 1228, por último, establece el principio de que el deudor no extingue la obligación si paga al acreedor después de notificado judicialmente para que no lo haga. En tal caso el deudor quedaría obligado a hacer un nuevo pago a la persona señalada por el juez; pero queda expedito su derecho, sin embargo, para repetir del acreedor. El precepto se inspira en el artículo 1242 del Código Civil Peruano y en los artículos 1242 del Código Francés, 2223 del Código de 1852, 1165 del Código Español, 938 del Código Brasileño, 2077 del Código Mejicano y 1242 del Código Dominicano.

Comentando el artículo 1242 del Código de 1936, explica *Angel Gustavo Cornejo*: “Los créditos forman parte del patrimonio y entran también en la garantía general de las deudas. En el supuesto que un acreedor del que tiene este mismo carácter en la relación obligatoria de que se trate, embargase, en manos de un deudor de este último, la suma de dinero o la cosa que es objeto de la relación obligatoria de que se trate, queda éste impedido de pagar a su acreedor. El crédito embargado queda, en cierto modo, desvinculado del patrimonio del acreedor y el ejecutante adquiere sobre él un derecho preferencial que lo asigna a su patrimonio. El pago que hiciere el deudor ejecutado entregando al acreedor la cosa embargada por el que a su vez, lo es de este último, redundaría en perjuicio del ejecutante. Este es el fundamento del artículo”.

“*Artículo 1229.*— La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado”.

“*Artículo 1230.*— El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente.

Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago puede retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado”.

“*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”.

“*Artículo 1232.*— El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario”.

Los artículos 1229 a 1232 del Código legislan la prueba del pago. Al constituir el pago un acto jurídico, el principio fundamental es que el deudor pueda acreditarlo por cualquier medio probatorio.

El artículo 1229, inspirado en la primera parte del artículo 1282 del Código de 1936, hace recaer la carga probatoria del pago en quien pretenda haberlo efectuado, porque para ello dispone del recibo que tiene el derecho de exigir o de cualquier otra prueba que le franquee la ley.

La primera parte del artículo 1230 —de texto similar al del artículo 1243 del Código Civil de 1936 y a los artículos 368 del Código Alemán, 88 del Código Suizo, 939 del Código del Brasil y 2088 del Código Mejicano — faculta al deudor para retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente. El recibo es la declaración escrita del acreedor de que el pago ha sido satisfecho. El deudor, por tanto, tiene el derecho de exigirlo.

La segunda parte del precepto se inspira en los artículos 1244 del Código Civil de 1936, 371 del Código Alemán, 90 del Código Suizo, 942 del Código del Brasil y 787 del Código Portugués. Si el recibo consiste en la devolución del título que dio origen a la obligación, y éste se pierde, el deudor puede retener el pago y, exigir al acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado.

Por cierto, el derecho a retener el pago es extensivo al caso en que el deudor exigiese la devolución del título y el acreedor, sin justa causa, no lo hiciese. El acreedor podrá negarse a ello, por ejemplo, si en el título aparecieran otros deudores cuyas obligaciones estuviesen pendientes de pago, o si el título constituyese medio de prueba respecto a otro derecho.

En cuanto al segundo caso, comenta *Angel Gustavo Cornejo* que “la presunción que hace la ley interpreta la intención probable de las partes, ya que no es presumible que el acreedor a quien se debe capital e intereses aplique el pago a aquél antes que a éstos, renunciando al derecho que le da el artículo 1266 (del Código de 1936, cuyo equivalente en el nuevo Código Civil es el artículo 1257). Por consiguiente, si otorga recibo por el capital sin reservarse el derecho de cobrar los intereses, reconoce que éstos le han sido ya pagados o que renuncia a su cobro”.

Finalmente, los artículos 1231 y 1232, con origen en los artículos 1245 y 1246 del Código de 1936, establecen dos presunciones *juris tantum* a favor del deudor: que en la obligación de prestaciones periódicas, el pago de una cuota hace presumir el pago de las anteriores; y que el recibo del capital, sin reserva por los intereses, hace presumir el pago de éstos. Ambas presunciones admiten, desde luego, prueba en contrario. Así lo señalan los textos legales.

Sobre el primer caso, comenta *Alfredo Colmo* lo siguiente: “Nadie que pague alquileres o cuotas periódicas, pensiones o salarios mensuales, etc., tiene que estar obligado a guardar todos los recibos de los períodos satisfechos, que podrían ser bien numerosos. Y como es presumible, que nadie cobre un período sin haber cobrado los precedentes, pues no cabe suponer lo excepcional y raro, la ley así dispone, dejando a salvo el derecho del acreedor para demostrar lo contrario”.

El artículo 1231 es similar a los artículos 1110 del Código Español, 746 del Código Argentino, 89 del Código Suizo, 943 del Código del Brasil, 2089 del Código Mejicano, 786 del Código Portugués, 1462 del Código Uruguayo y 1296 del Código Venezolano. El artículo 1232, por su parte, es similar a los artículos 1908 del Código Francés, 624 del Código Argentino, 1110

del Código Español, 89 del Código Suizo, 944 del Código del Brasil, 2090 del Código de Méjico, 1638 del Código Ecuatoriano, 1595 del Código Chileno, 1908 del Código Dominicano y 786 del Código Portugués, con la advertencia de que este último precepto agrega que la entrega voluntaria hecha por el acreedor al deudor del título original del crédito, hace presumir la liberación. Norma similar la ubica el Código en el título relativo a la condonación (artículo 1297).

“Artículo 1233.— La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.

Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso”.

“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”.

“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”.

“Artículo 1236.— Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

“Artículo 1237.— Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

El pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación. Es nulo todo pacto en contrario.

En el caso previsto por el párrafo anterior, si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea

pagada en moneda nacional según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago”.

Los artículos 1233, 1234, 1235, 1236 y 1237 del Código son de gran trascendencia. Ellos establecen las consecuencias jurídicas de la entrega de títulos valores destinados a efectuar el pago, el régimen de restitución del valor de una prestación y las reglas relativas a las obligaciones contraídas en moneda nacional y en moneda extranjera.

El propósito del artículo 1233 —que se inspira en el artículo 1248 del Código de 1936 y en su antecedente, el artículo 1170, segundo y tercer párrafos, 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.

La aplicación de esta regla supone dos requisitos: que el acreedor consienta en recibir del deudor títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, y que entre el acreedor y el deudor no haya estipulación en el sentido de que la entrega de tales documentos extingue la obligación primitiva, pues el precepto admite pacto en contrario.

El artículo 1233 tiene el propósito de estimular la circulación de los documentos de cambio, a la vez que dictar normas de protección para el acreedor.

El acreedor que recibe del deudor los títulos valores a que alude el precepto y que procede con diligencia para mantener vigentes las acciones derivadas de esos documentos, protestándolos a su vencimiento y ejercitando las correspondientes acciones cambiarias, sabe que la obligación primitiva —aquella que originó su entrega—subsiste, y que podrá hacer efectivas todas las garantías que, a su vez, de ella se deriven.

El acreedor que recibe títulos valores del deudor, y que, por negligencia, permite que ellos se perjudiquen, bien por no protestarlos, bien por no promover oportunamente las acciones cambiarias, verá extinguida la obligación primitiva, con todos sus accesorios, y únicamente podrá ejercitar las acciones que deriven de los documentos perjudicados.

Es conveniente aclarar que el texto legal se aplica a los documentos a cargo de terceros, es decir, a aquéllos aceptados, girados o suscritos por terceras personas y transferidos por el deudor al acreedor mediante entrega o por endoso. Se aplica también a aquellos otros aceptados, girados o suscritos únicamente por el deudor, al portador o a la orden del acreedor, que el deudor entrega a éste, esto es, a aquellos documentos en que la relación cambiaria se circunscribe al deudor y al acreedor, sin intervención de terceras personas.

Cabe aclarar, además, que si los títulos valores se pagan, se extinguen simultáneamente dos obligaciones: la obligación primitiva, aquella cuya acción quedó entre tanto en suspenso, y la obligación nueva, aquella que surgió de los títulos valores. El pago tendría la virtualidad jurídica de extinguir dos obligaciones representativas de una misma prestación. Aquí no se presenta una novación; se trata de un simple pago.

Se produce novación en cambio cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor. Empero, en este caso la novación no opera entre la obligación primitiva —aquella cuya acción quedó entre tanto en suspenso— y la nueva obligación —aquella que se creó al entregarse los efectos de cambio—, pues la novación supone la extinción de una obligación para dar nacimiento a otra nueva. En este caso coexisten dos obligaciones: la primitiva, aquella cuya acción quedó entre tanto en suspenso, y la nueva, la derivada de los títulos valores, cuya acción debe ejercitarse. Esta segunda obligación nació sin que operase la extinción de la primitiva; luego, no es novación.

La novación sí opera entre la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan los documentos antes de perjudicarse, por una parte, y la nueva obligación que nace de los documentos perjudicados, por la otra. Es decir que esta nueva obligación que surge de los títulos valores perjudicados, extingue simultáneamente dos obligaciones: la primitiva, la que nació originalmente, y la nueva, la que surgió con la entrega de los documentos de cambio.

En conclusión, nuevamente se acoge una norma adecuada a la naturaleza jurídica de los títulos valores que constituyen promesas de pago u órdenes de pago. El texto legal está destinado a proteger al acreedor diligente, manteniendo en vigencia la obligación primitiva que se pretendió extinguir con documentos que no se pagaron a su vencimiento. También está destinado a proteger al deudor de la negligencia del acreedor, cuando éste, por su culpa, permitió que se perjudicaran tales documentos.

Los artículos 1234 y 1235 son congruentes con lo expuesto en la Introducción.

El artículo 1234 consagra, como regla general, la teoría nominalista. El precepto establece que el pago de una deuda en moneda nacional deberá efectuarse en la misma moneda y por su valor nominal.

El artículo 1235, por su lado, legisla los casos en que las partes acuerdan atribuir a las deudas en moneda nacional valor constante. En este supuesto, el pago de las obligaciones en moneda nacional deberá efectuarse en la misma moneda nacional, pero por un valor constante referido a índices de reajuste automático —tales como escalas móviles vinculadas al índice del costo de vida o al incremento salarial, al oro, a monedas extranjeras o a mercancías—, a valor equivalente al que tal moneda tenga al día de vencimiento de la obligación.

La tercera parte del precepto prescribe una obligación alternativa a favor del acreedor para el caso en que el deudor, en la eventualidad prevista por el párrafo precedente, retarde el pago. En esta hipótesis el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada por su valor constante de referencia al día del vencimiento de la obligación, es decir, al día en que el deudor debió cumplir, o al día en que se verifique el pago. 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.

Como se ha expresado, los artículos 1234 y 1235 son consecuencia directa de la fórmula elegida por el nuevo Código Civil, fórmula que ha sido desarrollada extensamente en la Introducción de este trabajo. Ello nos releva, al analizar estos artículos, de formular comentarios adicionales.

El artículo 1236 del nuevo Código fue introducido a propuesta de la Comisión Revisora. De acuerdo con el mismo, cuando deba restituirse el valor de una prestación, éste se calcula respecto del que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. La norma tiene una inspiración marcadamente valorista y resuelve una cuestión de alcances prácticos indiscutibles.

El principio que inspira al artículo 1237 del Código introduce modificaciones respecto a la doctrina que informa al artículo 1249 del Código Civil de 1936.

La norma se inicia, en su primer párrafo, con una declaración importante: sólo pueden pactarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

La segunda parte del artículo 1237 permite al deudor pagar la obligación en la propia moneda extranjera estipulada, o en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación; se señala que es nulo todo pacto en contrario. Se trata, en consecuencia, de una obligación facultativa. El día del vencimiento de la obligación, cuando el deudor debe efectuar el pago, éste puede optar por la entrega de la moneda extranjera pactada —que está *in obligatione*— o por la entrega de moneda nacional —que está *in facultate solutionis*— al tipo de cambio de venta de ese día. La entrega de moneda nacional, el día de vencimiento de la obligación, al tipo de cambio de venta vigente ese día respecto de la moneda extranjera estipulada, deberá permitir al acreedor proveerse del mismo número de unidades de esa moneda extranjera que el debido.

Puede ocurrir, sin embargo, que el deudor, no obstante retrasarse en el pago, desee efectuarlo en moneda nacional. Si la moneda nacional fuera más débil que la moneda extranjera pactada en el contrato y estuviera sometida a sucesivas devaluaciones, de mantenerse sólo la segunda parte del artículo 1237, se presentarían flagrantes injusticias. El deudor podría extinguir la obligación entregando moneda nacional a un tipo de cambio histórico —el del día de vencimiento de la obligación—, lo cual no permitiría al acreedor proveerse del mismo número de unidades de moneda extranjera que el debido. El perjuicio sería evidente.

Por ello, el precepto se completa con la tercera parte, que establece una obligación alternativa a favor del acreedor para el caso de que el deudor retarde el pago y desee verificarlo en moneda nacional. En esta hipótesis el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional al tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación o al que rija el día del pago.

Si la moneda nacional fuera más débil que la moneda extranjera estipulada en el contrato, el acreedor exigirá su equivalente en moneda nacional de acuerdo con el tipo de cambio de venta que se encuentre vigente al día en que se efectúe el pago. Esto permitirá al acreedor proveerse de igual número de unidades de moneda extranjera que aquél que debió recibir.

Cabe recordar que el precepto concede al acreedor, para estos casos, otra opción, la cual sólo ejercerá cuando la moneda nacional sea más sólida

da que la moneda extranjera pactada. El acreedor podría exigir el pago en moneda nacional al tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, esto es, la entrega del mismo número de unidades de moneda nacional que el deudor— en caso de que no hubiera retardado el pago y, por tanto, de haber cumplido fielmente su obligación— habría debido, o bien desembolsar para adquirir la moneda extranjera pactada, o bien entregar en pago al acreedor.

Es verdad que en esta hipótesis podría aducirse que el acreedor estaría en aptitud de adquirir mayor número de unidades de moneda extranjera que el debido, pero también es cierto que el acreedor recibiría el número de unidades de moneda nacional que debieron pagarle o que pudo adquirir, si la obligación se hubiera cumplido puntualmente. Y, por su parte, el deudor sólo estaría entregando el mismo número de unidades en moneda nacional que debió pagar si hubiera cumplido fielmente su obligación.

“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”.

“Artículo 1239.— Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.

Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor”.

“Artículo 1240.— Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación”.

“Artículo 1241.— Los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor”.

Las cuatro últimas normas del Código, relativas a las disposiciones generales sobre el pago, —artículos 1238 a 1241—, se refieren al lugar del pago, plazos para el pago y gastos del pago. Aunque sus textos se inspiran, respecti-

vamente, en los artículos 1250, 1251, 1252 y 1253 del Código de 1936, ellos también se informan de preceptos consignados por otras legislaciones.

Así, el artículo 1238 acoge principios de los artículos 1247 del Código Francés, 2229 del Código de 1852, 1171 del Código Español y 747 del Código Argentino, de la primera parte del artículo 269 del Código Alemán y de los artículos 74 del Código Suizo, 1247 del Código Dominicano, 2082 del Código Mejicano, 950 del Código del Brasil, 273 del Anteproyecto Brasileño y 2082 del Proyecto Rojina de Reformas al Código Civil Mejicano. Descarta, sin embargo, la solución de algunos de estos Códigos y la del artículo 773 del Código Portugués, que disponen que si la cosa es cierta y determinada y consiste en un bien mueble, el lugar del pago es donde se encontraba a la conclusión del acto jurídico.

El artículo 1239, por su parte, con origen mediato en los artículos 748 del Código Argentino, 1589 del Código Chileno y 1632 del Código Ecuatoriano, efectúa un agregado respecto al cambio de domicilio del acreedor, que se inspira en el artículo 2085 del Código Mejicano.

El artículo 1240, que se interpreta conjuntamente con las normas que se señalan más adelante, también se inspira en los artículos 751 del Código Argentino, 271 del Código Alemán, 75 del Código Suizo, 952 del Código del Brasil, 1140 del Código Uruguayo, 1183 del Código Italiano, 771 del Código Portugués y 2080 del Código Mejicano.

El artículo 1241 del Código, por último, contiene principios similares a los consignados por los artículos 1248 del Código Francés y 1168 del Código Español, por la primera parte del artículo 369 del Código Alemán y por los artículos 946 del Código Brasileño, 1196 del Código Italiano, 2086 del Código Mejicano, 1629 del Código de Colombia, 1467 del Código Uruguayo, 1571 del Código Chileno, 1614 del Código Ecuatoriano, 319 del Código Boliviano y 1248 del Código Dominicano.

El principio que informa los artículos 1238 y 1239 es que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, con excepción de los casos previstos por los propios textos legales comentados. El domicilio es el asiento jurídico de una persona y es natural —a falta de manifestación de voluntad en contrario— que allí se efectúe el pago, pues se supone que allí están sus recursos. En caso de que se hubieran designado varios lugares para el pago, el acreedor podrá exigirlo en cualquiera de ellos. Se aplica la misma regla respecto del deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor. Si el

lugar designado para el pago es el domicilio del deudor y éste se traslada a otro domicilio, el acreedor podrá exigirlo, a su elección, en el antiguo domicilio o en el nuevo. A su vez, si el acreedor mudase de domicilio, cuando el lugar de éste fue designado para el pago, el deudor podrá efectuarlo en el primer domicilio o en el nuevo del acreedor.

El artículo 1240 cuyo antecedente inmediato, como se ha indicado, es el artículo 1252 del Código de 1936, y cuyo antecedente mediano lo constituyen los preceptos señalados anteriormente, establece una norma importante sobre el plazo para efectuar el pago.

El principio jurídico es que el plazo puede ser pactado, expresa o tácitamente. Si no hubiera plazo señalado, se aplicará la regla del artículo 1240, vale decir, que el pago podrá ser exigido inmediatamente después de contraída la obligación. Esta norma admite, desde luego, excepciones. Por ejemplo, si no hubiese plazo designado, pero de la naturaleza y circunstancias de la obligación se dedujera que ha querido concederse al deudor, el juez fijara su duración. La misma regla se aplicaría cuando el plazo hubiese quedado a voluntad del deudor o de un tercero y no lo señalaran; así lo establece el artículo 182 del Código Civil. En el contrato de mutuo, si no se fijó plazo para la devolución ni éste resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega, de acuerdo con el artículo 1656 del Código.

Finalmente, el artículo 1241 prescribe que los gastos que irrogue el pago serán de cuenta del deudor. Esto se explica porque el acreedor tiene el derecho de recibir el íntegro de la prestación. Y si el acreedor soportara los gastos del pago, la prestación, desde una perspectiva económica, quedaría mermada.

CAPITULO SEGUNDO

Pago de intereses

Los artículos 1242 a 1250 inclusive, se refieren al pago de intereses. Esta materia fue regulada en forma inorgánica por el Código de 1936 en algunos pocos artículos dispersos. Se ha estimado, por ser susceptible de aplicación al pago de toda clase de deudas, que correspondía ubicar su tratamiento en el título relativo al pago.

“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”.

El artículo 1242 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.

“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”.

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.

Como comenta *de Ruggiero* “grave y complejo problema es el de la determinación de la tasa y de la función respectiva del legislador, un problema que ha preocupado siempre (y que fue causa de agitaciones y perturbaciones políticas) por las múltiples cuestiones de altísima trascendencia social que lleva aparejadas y por la dificultad de conciliar los criterios económicos con los jurídicos, las puras aspiraciones sentimentales con las exigencias de la vida y del comercio. Cuáles son los criterios que deben presidir la fijación de la tasa; si en orden a los intereses convencionales, y por respeto a la libertad individual, debe dejarse su fijación al arbitrio de las partes, o debe, por el contrario, intervenir el Estado para corregir los excesos y reprimir los abusos de la usura; admitida la intervención, cuáles deben ser sus límites y cuándo puede considerarse lícito el interés y cuándo usurario, de qué modo podrá actuarse una represión eficaz de la usura; he aquí los problemas que el legislador debe afrontar y resolver y que la historia de las legislaciones antiguas y modernas nos ofrece resueltos en mil formas diferentes”.

El segundo párrafo del artículo bajo comentario 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.

Si en un caso concreto se presenta tal exceso, éste se reputará como no puesto; corresponde al deudor decidir su destino: ya sea su restitución o su imputación al capital. Parece conveniente que la solución no sea la de anular el contrato (como ocurre en el Código Civil Alemán, artículo 138), con los efectos consiguientes que ello produciría, ni que se presuma que las partes no han convenido pactar intereses.

El artículo 1243 encuentra su origen en los artículos 2136 y 2138 del Código Ecuatoriano y en la ley francesa del 3 de setiembre de 1807.

“Artículo 1244.— La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú”.

El artículo 1244 dispone que la tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Este precepto modifica sustancialmente el texto original del artículo 1325 del Código Civil de 1936 que señalaba el interés legal del dinero, para los casos en que no hubiera convenio expreso, en 50/o al año. La norma se encontraba alejada de la realidad económica del país y, por otra parte, no resultaba aconsejable que un Código Civil, con el sentido de permanencia que le es inherente, previera un porcentaje susceptible de ser frecuentemente alterado de acuerdo a contingencias económicas.

El artículo 1244 se inspira en la modificación del artículo 1325 del Código de 1936 dispuesta por la Ley N^o 23413 del 1^o de Junio de 1982, según la cual “el interés legal del dinero, para los casos en que no haya convenio expreso, será fijado periódicamente por el Banco Central de Reserva del Perú”.

“Artículo 1245.— Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal”.

Puede ocurrir que las partes hayan omitido fijar la tasa de interés. El artículo 1245 resuelve esta cuestión estableciendo que en ese caso el deudor debe abonar el interés legal, cuya tasa, como se ha comentado, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

El artículo 1245 encuentra su origen en los artículos 2232 del Código Colombiano, 2137 del Código Ecuatoriano, 767 del Código Libanés y 2207 del Código Chileno.

“Artículo 1246.— Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal”.

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.

El precepto guarda relación con el artículo 1324, referido específicamente al interés que devengan las obligaciones de dar sumas de dinero en caso de mora del deudor.

Por último, es preciso indicar que, en caso de mora, el deudor estará obligado al pago de intereses, sin que sea necesario que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Este principio contenido en el artículo 1324 es de plena aplicación al supuesto contemplado por el artículo 1246.

“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”.

Los intereses pueden derivar de una deuda cualquiera, aun de aquella que consista en bien distinto del dinero. Tales intereses usualmente se concretarán en una suma de dinero.

La regla del artículo 1247 parte de ese supuesto y establece un mecanismo para el cálculo del interés, inspirado en el artículo 311 Código de Comercio Peruano de 1902.

“Artículo 1248.— Cuando la obligación consista 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”.

El artículo 1248 se inspira, igualmente, en el artículo 311 del Código de Comercio Peruano. Tiene por objeto establecer la fórmula de cálculo de los intereses de las obligaciones consistentes en títulos valores.

Ahora bien, como anota *de Ruggiero* “el legislador no interviene solamente fijando máximos y tasas. Puede, como hizo en el Derecho Romano, prohibir que los intereses devengados y no pagados se capitalicen para hacer que produzcan nuevos intereses (anatocismo); puede también prescribir que cuando los intereses alcancen el importe de la deuda principal, ésta cese de producir intereses. Muy importante es la primera de estas limitaciones; la prohibición del anatocismo, mantenida siempre en la legislación romana, acogida por el antiguo Derecho francés y por la legislación italiana del pasado, no lo fue en nuestro Código vigente —de 1865— (artículo 1232), inspirado en el francés (artículo 1154)”.

Del tema del anatocismo se ocupan los artículos 1249 y 1250.

“*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”.

“*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”.

El artículo 1249 repite en el nuevo Código Civil la regla contenida en la primera parte del artículo 1586 del Código de 1936, con el propósito de evitar actos de usura por parte del acreedor. Es este otro caso en el cual queda restringida la autonomía de la voluntad.

Completando el texto del artículo 1586 citado, en el nuevo Código se admite en forma excepcional la capitalización de intereses en las cuentas corrientes mercantiles, bancarias o similares. “Esta excepción se justifica por la indivisibilidad de la cuenta corriente, pues toda suma ingresada a ella pierde su individualidad y se encuentra sometida a un régimen único, que es la pro-

ducción de intereses de pleno derecho. Los intereses generales por la cuenta ajustada figuran como partida de la misma cuenta, en la que se funden, perdiendo su calidad de intereses. Como dicen los *Mazeaud*, en razón de este mecanismo el contrato de cuenta corriente contiene válidamente y de modo necesario una convención tácita de capitalización de intereses con cada ajuste de cuentas”, afirma *Arias-Schreiber*.

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. El espíritu que inspira al precepto es, pues, idéntico al del artículo 1586 del Código Civil de 1936.

El artículo 1250 reproduce la segunda parte del artículo 1586 del Código de 1936, al admitir que se capitalicen los intereses por convenio. Es ésta una facilidad que se acuerda en favor del deudor que, por ejemplo, no cuenta en un determinado momento con los recursos precisos para hacer el pago. El precepto prescribe, sin embargo, para asegurar debidamente al deudor, que tal convenio puede celebrarse sólo después de contraída la obligación, por escrito y siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de intereses. El artículo se refiere, por consiguiente, a intereses vencidos y no por devengarse.

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 éstas lo pacten con mayor amplitud. Tampoco existe impedimento para que el convenio se repita sucesivamente en el tiempo; el deudor puede pagar o extender el pago, si el acreedor asiente en ello.

Los artículos 1249 y 1250 encuentran su origen, además, en los artículos 248 del Código Alemán, 623 del Código Argentino, 1154 del Código Francés, 314 del Código Suizo de las Obligaciones, 560 del Código Portugués, 2210 del Código Chileno, 2235 del Código Colombiano, 2140 del Código Ecuatoriano, 412 del Código Boliviano, 1154 del Código Dominicano, 1283 del Código Italiano y 1109 del Código Español.

CAPITULO TERCERO

Pago por consignación

Artículo 1251.— Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad si consigna la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.

Procede también la consignación en los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido”.

Artículo 1252.— La consignación debe efectuarse con citación del acreedor, en la persona que la ley o el juez designen, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.

Los depósitos de dinero y valores se hacen en el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga la tasa del interés legal”.

Artículo 1253.— La consignación de dinero o de otros bienes que no es impugnada por el acreedor, dentro de los diez días siguientes a la fecha de su citación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento”.

Artículo 1254.— La consignación impugnada surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento, cuando la impugnación del acreedor se desestima por resolución con autoridad de cosa juzgada”.

Artículo 1255.— La consignación puede ser retirada por quien la efectuó, en los siguientes casos:

1. Antes de su aceptación por el acreedor.
2. Cuando hay impugnación, mientras ésta no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada”.

El Código organiza entre los artículos 1251 y 1255 el pago por consignación, el cual se constituye en el medio que confiere la ley al deudor o al tercero que quiere pagar, para que se cumpla la obligación en caso que el acreedor no quiera o no pueda aceptar el pago. Este sistema liberatorio procede en las obligaciones de dar y en las de hacer que concluyen con la entrega de un bien; el mismo se descarta, desde luego, en las obligaciones de no hacer.

El artículo 1251 es de texto similar al artículo 1258 del Código de 1936. Este precepto encuentra su origen en los artículos 1257 y 1258 del Código Francés, 2231 y 2232 del Código de 1852, 1259, 1260, 1263 y 1264 del Código Italiano de 1865, 1176 del Código Español, 757 del Código Argentino, 372 del Código Alemán, 92 del Código Suizo, 972 y 973 del Código del Brasil, 1481 del Código Uruguayo, 1306 del Código Venezolano, 1257 y 1258 del Código Dominicano, 2916 del Proyecto de 1891, 191 y 192 del Proyecto Franco-Italiano y 288 del Anteproyecto Brasileño. Los principios por él recogidos están consignados en otras normas legales, tales como los artículos 2097, 2098 y 2099 del Código Mejicano, 1658 del Código de Colombia y 841 del Código Portugués.

El precepto contempla dos hipótesis. La primera, que el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niegue a aceptarlo, no obstante concurrir todas las circunstancias que se requieren para pagar válidamente. La segunda, que el acreedor no pueda recibir válidamente el pago; sería el caso, por ejemplo, del incapaz que careciera de representante legal.

Es oportuno aclarar que el artículo 1251, concordante con lo previsto por el artículo 1222 del Código, no descarta, de manera alguna, que la consignación la efectúe un tercero. Aunque el precepto se refiere al deudor, el pago por consignación, evidentemente, lo puede hacer un tercero. Este principio es acogido en forma expresa por el artículo 842 del Código Portugués. El Código, aun cuando no lo menciona, no acoge la reserva del precepto portugués en el sentido de que la consignación pueda efectuarla tan sólo un tercero con legítimo interés. La consignación puede verificarla cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación.

El artículo 1252, que transcribe el artículo 1259 del Código de 1936, tiene su origen en los artículos 1259 del Código Francés; 2232, segundo párrafo, del Código de 1852; 117 del Código Español; 756 del Código Argentino; 374 del Código Civil Alemán; 92 del Código Suizo; 1659 y 1660 del Código de Colombia; 1259 del Código Dominicano; 2917 del Proyecto

de 1891 y 289 del Anteproyecto Brasileño. El artículo 1252 no requiere mayores explicaciones. La consignación de toda clase de bienes, excepto de dinero y valores, se verifica en la persona que el juez designe como depositaria. El dinero y los valores se consignan en el Banco de la Nación.

En armonía con la modificación introducida al artículo 1325 del Código Civil de 1936 por la Ley No. 23413 del 1º de junio de 1982, se sugirió incorporar a este artículo el concepto según el cual "el dinero consignado devenga la tasa del interés legal", lo que fue aceptado por la Comisión Revisora. El principio que inspira la norma es de evidente justicia.

El artículo 1253 del Código, aun cuando tiene su antecedente inmediato en el artículo 1260 del Código Civil de 1936 y mediato en el artículo 759 del Código Argentino y en el artículo 2918 del Proyecto de 1891, introduce reglas de singular importancia no consideradas por la ley derogada. Ellas son imprescindibles para regular ordenadamente la vida jurídica del pago por consignación.

El artículo 1253 establece que el acreedor dispone del plazo de diez días para impugnar la consignación, ya sea que ésta se trate de dinero o de otros bienes. El artículo 1252 exige, para que se efectúe la consignación, que se cite al acreedor; por tanto, el plazo de diez días para la impugnación empieza a correr desde el día siguiente a la fecha de su citación.

Si el acreedor no impugnase la consignación dentro del plazo de diez días, ella surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento. Es lógico que así ocurra porque, en esta hipótesis, el acreedor se habría negado inicialmente a aceptar el pago, y luego, al consignarse la prestación, no la rechaza. Es natural, entonces, que el pago sea retroactivo al día del ofrecimiento.

El artículo 1254, por su parte, se refiere al supuesto de que el acreedor impugne la consignación. En este caso tendrá que seguirse el juicio respectivo para determinar si la prestación es la debida. Ello puede dar origen a dos hipótesis. Si el acreedor resulta victorioso en el litigio, por establecerse que la prestación consignada no era la debida; entonces no se habría producido pago alguno, con todas las consecuencias jurídicas que ello origina. Si, por el contrario, la oposición del acreedor se desestimara finalmente por sentencia con autoridad de cosa juzgada, la consignación impugnada surtirá los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento.

El artículo 1255, por último, confiere al deudor el derecho de retirar

la prestación consignada antes de que el acreedor la acepte o, en caso de impugnación, antes de que ésta se desestime por sentencia con autoridad de cosa juzgada. Esto significa que el deudor se situaría, al retirar lo consignado, en idéntica condición jurídica a la que le correspondería si ni siquiera hubiese efectuado el ofrecimiento de pago, con las consecuencias previstas por la ley para estos casos. El precepto tiene su origen en el artículo 1261 del Código de 1936, que a su vez se inspira en los artículos 1261 del Código Francés, 1180 del Código Español, 761 del Código Argentino, 376 del Código Alemán, 94 del Código Suizo y 977 del Código del Brasil.

El Código de 1984 no ha considerado normas iguales o similares a los artículos 1262 y 1263 del Código Civil de 1936, por estimarlas inadecuadas.

Establece el artículo 1262 del Código de 1936, que el acreedor que consiente en que el deudor retire la consignación, perderá la preferencia que tuviere y quedarán libres de toda responsabilidad los codeudores y fiadores. Es evidente que la norma sólo puede referirse al caso en que el acreedor hubiera aceptado el pago, bien porque no impugnó la consignación, bien porque recajó resolución judicial con autoridad de cosa juzgada desestimando la impugnación.

En la hipótesis analizada, la obligación se habría extinguido, con todas sus consecuencias, incluyendo, desde luego, los derechos de preferencia y la responsabilidad de los codeudores y fiadores. En este orden de ideas, es evidente que si el acreedor consiente en que el deudor retire la prestación que entregó en pago y que extinguió la obligación, estaría creando una nueva relación obligacional con su antiguo deudor, sin la preferencia de la obligación extinguida ni responsabilidad de los codeudores y fiadores que en ella participaron.

El precepto, en consecuencia, era innecesario, porque se descarta que él pueda referirse al caso que el deudor consigne una prestación que, a juicio del acreedor, sea distinta a la debida y que, pendiente de impugnación, sea retirada por el propio deudor. Si el acreedor impugna la consignación es porque considera que no constituye la prestación debida. En este evento, mal podría oponerse a que se retirara la consignación. Y sería absurdo que justamente por no oponerse, perdiera sus derechos de preferencia y las acciones contra los codeudores y fiadores.

El artículo 1263, por su parte, contiene reglas sobre la elección de cosa indeterminada. Este artículo es, también, innecesario, porque las prestaciones indeterminadas se presentan en las obligaciones de dar bienes inciertos y en las

obligaciones alternativas, y las reglas de elección al respecto se encuentran en los títulos que tratan dichas materias. Es obvio que antes de consignar se debe elegir, con el propósito de convertir el bien incierto en cierto o, en su caso, la obligación alternativa en simple. Luego de efectuada esta operación, el bien debido podrá ser consignado conforme a las normas del Código.

CAPITULO CUARTO

Imputación del pago

“*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 cuál de ellas se aplica éste. Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida”.

“*Artículo 1257.*— Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses”.

“*Artículo 1258.*— Cuando el deudor no ha indicado a cual 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”.

“*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”.

Siguiendo el mismo orden que el Código de 1936, los artículos 1256 a 1259 legislan la imputación del pago.

El artículo 1256 del Código proviene del artículo 1264 del Código Civil de 1936. Sus reglas se encuentran en numerosas legislaciones; baste citar los artículos 1253 del Código Napoleónico; 2230, primer párrafo, del Código de 1852; 1255 del Código Italiano de 1865; 773 y 774 del Código Argentino; 1172 del Código Español; 366 del Código Alemán; 86, primera

parte, del Código Suizo de las Obligaciones; 991 del Código del Brasil; 212 del Código Polaco; 1596 del Código Chileno; 2092 del Código Mejicano; 1639 del Código Ecuatoriano; 1253 del Código Dominicano; 316 del Código Boliviano y 1302 del Código Venezolano; la primera parte del artículo 1193 del Código Italiano; y los artículos 2912 del Proyecto de 1891, 187 y 188 del Proyecto Franco-Italiano; 620 del Proyecto Sánchez de Bustamante y 298 del Anteproyecto Brasileño.

El precepto señala ciertas características esenciales para que se suscite el problema de la imputación del pago: que entre un mismo acreedor y un mismo deudor existan deudas de la misma naturaleza, es decir, diferentes relaciones obligacionales constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas entre ellas. De la norma también se infiere que la imputación del pago sólo surge cuando el deudor no paga el íntegro de las obligaciones pendientes con su acreedor.

Dos reglas adicionales se desprenden del artículo 1256 comentado. La primera, que corresponde al deudor efectuar la imputación del pago, lo que puede hacer al tiempo de efectuar tal pago o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor. La segunda, que el deudor, para imputar el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida, requiere el asentimiento del acreedor; por consiguiente, el deudor sólo podrá imputar unilateralmente el pago en forma total y a obligaciones líquidas y vencidas. Debe agregarse que la referencia a los pagos parciales, congruente con lo previsto por el artículo 1221 del Código, tiene su origen en la regla contenida en el artículo 783, inciso 1), del Código Portugués,

El artículo 1257, cuya fuente se encuentra en el artículo 1266 del Código de 1936, contiene restricciones adicionales a la imputación del pago que puede efectuar el deudor, pero esta vez referidas a las obligaciones de sumas de dinero integradas por el capital, los gastos y los intereses. El Código de 1936 es de texto idéntico al primer párrafo del artículo 85 del Código Suizo de las Obligaciones. La norma, por lo demás, es similar a los artículos 1254 del Código Francés; 2230, tercer párrafo, del Código de 1852; 1173 del Código Español; 776 y 777 del Código Argentino; 367 del Código Alemán; 85 del Código Suizo; 993 del Código Brasileño; 2094 del Código Mejicano; 1653 del Código Colombiano; 1595 del Código Chileno; 1638 del Código Ecuatoriano; 317 del Código Boliviano; 1254 del Código Dominicano; 1194 del Código Italiano y 785 del Código Portugués.

—Sin embargo, respecto de las legislaciones citadas, se introduce una mo-

dificación importante: que la imputación del pago deberá efectuarse en primer lugar a los intereses, luego a los gastos y, finalmente, al capital. Ello tiene justificación plena.

En materia civil, los intereses no generan intereses, salvo que sean capitalizados. La capitalización, a su vez, sólo puede pactarse por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso. Esta norma sobre el anatocismo, prevista por el artículo 1250 del Código, es de orden público.

Los gastos suelen generar intereses legales, salvo acuerdo sobre pago de intereses convencionales. El capital, por su parte, usualmente genera intereses convencionales y, a falta de pacto, intereses legales.

Dentro de estos planteamientos es razonable, como elemental medida de protección para el acreedor ante el deudor moroso, que éste, salvo acuerdo en contrario con el propio acreedor, deba pagar en primer término los intereses, que sólo si se capitalizaran generarían intereses; luego, los gastos, que usualmente sólo originan intereses legales, inferiores a los convencionales; y, finalmente, el capital, que usualmente genera intereses convencionales superiores a los legales.

El artículo 1258 tiene origen en el artículo 1265 del Código de 1936 y numerosos antecedentes legislativos. Reglas similares están contenidas en los artículos 1255 del Código Francés; 1172 del Código Español; 775 del Código Argentino; 86, segunda parte, del Código Suizo; 992 del Código Brasileño; 1255 del Código Dominicano; 318 del Código Boliviano; 1596 del Código Chileno; 1639 del Código Ecuatoriano y 1195 del Código Italiano. El precepto tiene dos características: es de naturaleza subsidiaria, pues la imputación del pago por el acreedor, a que se refiere la norma, puede ser hecha sólo a falta de imputación por el deudor; y el acreedor puede efectuar la imputación del pago sólo en el recibo que otorga al deudor.

Explica *Manresa y Navarro*, al comentar el artículo 1172 del Código Español, de contenido similar al precepto bajo análisis, que "pasado ese momento de la aceptación del recibo, en el cual la repulsa del deudor es discrecional, se halla ésta limitada, en cuanto a causas y tiempo para formalizarla, a las disposiciones generales que regulan la nulidad de los contratos (por dolo, error, etc.). Esta equiparación es nueva prueba de que el consentimiento del deudor es necesario cuando la imputación se hace en el recibo, puesto que el caso se considera contrato. Esta consideración que la ley expresamente atribuye a la imputación hecha en tal forma, indica que la invalidación de aquélla

puede ser por causas que exclusivamente afectan a dicho acto, con independencia de la validez de la obligación a que se hubiera imputado el pago; opinión ésta diferente de algunas que confunden la necesidad de la imputación con la de las obligaciones respectivas, subordinando aquélla a éstas, siendo así que bien puede darse el caso de vínculos jurídicos perfectos, en cuyo cumplimiento se produzca una imputación nula (v. gr., por dolo)".

El artículo 1259, por último, establece la imputación de pago legal. La regla también es subsidiaria. Ella sólo opera en los casos en que la imputación no sea hecha por el deudor ni por el acreedor.

El precepto tiene su origen en el artículo 1267 del Código de 1936 y está consignado, con variaciones respecto a las prioridades de la imputación, en numerosas normas legales, tales como los artículos 1256 del Código Francés; 2230, segundo párrafo, del Código de 1852; 1174 del Código Español; 778 del Código Argentino; 366, segunda parte, del Código Alemán; 87 del Código Federal Suizo de las Obligaciones; 2093 del Código Mejicano; 1256 del Código Dominicano; 1305 del Código Venezolano y 316 del Código Boliviano; en la segunda parte del artículo 1193 del Código de Italia y en el artículo 784 del Código Portugués.

Se trata, en primer término, de proteger al acreedor frente a la eventual insolvencia del deudor. Por ello, a falta de imputación hecha por las partes de la relación obligacional, el pago se aplica a la deuda menos garantizada. Esto es, sin duda, lo que despierta mayor interés en el acreedor y es, también, lo que evidentes principios de justicia prescriben. Acto seguido se ha buscado cautelar los derechos del deudor, al establecerse que si todas las prestaciones están igualmente garantizadas, el pago se aplicará a la más onerosa para él. Y, finalmente, se consignan dos reglas sucesivas para el caso de que todas las obligaciones estén igualmente garantizadas y sean igualmente onerosas: el pago se aplica a la más antigua, y si todas tienen la misma antigüedad, la imputación se efectúa proporcionalmente. Estas dos últimas normas tienen el propósito de evitar incertidumbre acerca del destino del pago efectuado por el deudor.

CAPITULO QUINTO

Pago con subrogación

Los artículos 1260 a 1264 legislan el pago con subrogación.

"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”.

“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”.

“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”.

“Artículo 1263.— En los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 1204”.

“Artículo 1264.— Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera”.

Al igual que el Código de 1936, el Código Civil de 1984 regula el pago con subrogación como institución autónoma, sin que puedan considerarse como sus sustitutos la cesión de derechos o la novación por cambio de acreedor. El Código de 1984 señala los casos de subrogación legal y subrogación convencional, como lo hace el Código Civil de 1936, y luego prescribe sus consecuencias jurídicas.

El artículo 1260 establece los casos de subrogación legal, es decir, aquéllos que operan por mandato de la ley, recogiendo los preceptos de los incisos 1) y 2) del artículo 1269 y del artículo 1272 del Código de 1936. La regla del inciso 3) del artículo 1269 de ese Código, no se ha considerado como un caso de subrogación legal, sino de subrogación convencional, por las razones que se explican más adelante.

El inciso 1) del artículo 1260 consigna como primer caso de subrogación legal, el contemplado por el artículo 1272 del Código de 1936, esto es, el que opera en favor de quien paga una deuda a la cual estaba obligado con otro u otros. Este es el caso de los codeudores solidarios y de los codeudores de prestación indivisible.

El inciso 2) del mismo artículo reproduce el inciso 2) del artículo 1269 del Código de 1936. La subrogación legal opera en favor de quien, por tener legítimo interés, cumple la obligación.

El inciso 3), por último, es de igual texto que el inciso 1) del artículo 1269 del Código de 1936. La subrogación legal también se produce en favor del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.

El artículo 1260 comentado es de antiguo origen. Los principios en él consignados se encuentran en el artículo 1251 del Código Francés, reproducido luego con modificaciones por los artículos 2234 del Código de 1852, 1210 del Código Español, 768 del Código Argentino, 268 del Código Alemán, 110 del Código Suizo de las Obligaciones, 985 del Código del Brasil, 2058 del Código de Méjico, 179 del Código Polaco, 1251 del Código Dominicano, 1668 del Código Colombiano, 1203 del Código Italiano y 185 del Proyecto Franco-Italiano.

El artículo 1261, por su parte, contempla tres casos de subrogación convencional.

El inciso 1) reproduce los mismos principios que inspiran al inciso 1) del artículo 1270 del Código de 1936, cuyo texto es similar a los artículos 1250, inciso 1), del Código Francés; 1250, primer párrafo, del Código Dominicano; 1669, inciso 1), del Código Colombiano; 178, primer párrafo, del Código Polaco; y 1201, inciso 1), del Código de Italia.

La subrogación opera cuando por convenio entre el acreedor y el tercero, aquél, al recibir el pago, sustituye sus derechos a favor de éste. Se ha

omitido el requisito de que en estos casos la voluntad se manifieste expresamente, por considerarse que nada impide, siguiendo los principios generales, que ella se revele tácitamente.

La hipótesis prevista por el inciso 2), contemplada como un caso de subrogación legal por el inciso 3) del artículo 1269 del Código de 1936, es tratada en el Código de 1984 como subrogación convencional. En la misma medida en que el acreedor, por convenio con el tercero, puede subrogarlo, el deudor también puede estipular tal subrogación.

El pacto consistiría en que el tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación pagara con la aprobación expresa o tácita del deudor. En este orden de ideas, siempre intervendría el asentimiento del deudor. La estipulación entre el acreedor y el tercero originaría un caso de subrogación convencional, conforme al artículo 1270, inciso 1), del Código de 1936 y al artículo 1261, inciso 1), del Código de 1984. La misma situación jurídica se presenta por el convenio, expreso o tácito, entre el deudor y el tercero. Por ello, el Código trata este caso como uno de subrogación convencional y no de subrogación legal, a diferencia del Código Civil de 1936.

El inciso 3), finalmente, reproduce un principio similar al consignado por el inciso 2) del artículo 1270 del Código de 1936, cuyo origen se encuentra, a su vez, en el inciso 2) del artículo 1250 del Código Francés. El precepto, por lo demás, está consignado en otras normas legales tales como los artículos 2059 del Código de Méjico; 178, segundo párrafo, del Código Polaco; 1250, segundo párrafo, del Código Dominicano; 1202 del Código Italiano y 314 del Código Libanés.

Este es un caso singular de subrogación convencional, pues el pago no se efectúa directamente por el codeudor o por un tercero en favor del acreedor. El deudor recibe en mutuo, bajo las condiciones establecidas por la norma, una prestación de un tercero; la misma que entrega en pago al acreedor, subrogando al mutuante en los derechos que a aquél corresponden. El principio se justifica debido a las ventajas prácticas que ofrece.

El artículo 1262 establece una regla similar al artículo 1271 del Código de 1936, que a su vez adoptó como modelo los artículos 1252 del Código Francés, 1212 del Código Español, 771 del Código Argentino y 988 y 989 del Código Brasileño. El mismo concepto está desarrollado por los artículos 1655 del Código Ecuatoriano, 1612 del Código Chileno, 1252 del Código Dominicano, 1670 del Código Colombiano, 1204 del Código de Italia, 2926

del Proyecto de 1891, 661 del Proyecto Sánchez de Bustamante, 252 del Anteproyecto Brasileño y 893 del Anteproyecto Ossorio.

Prescribe el artículo 1262 comentado, que corresponden al subrogado en la obligación todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, pero sólo hasta por el monto de lo que hubiese pagado. Cabe observar, como modificación formal, que el nuevo texto utiliza la expresión “monto de lo que hubiese pagado” en lugar de “conurrencia de la suma que ha desembolsado para la liberación del deudor”, debido a que aquélla tiene más propiedad en el lenguaje.

El artículo 1263 aclara las consecuencias jurídicas de la subrogación legal previstas por el inciso 1) del artículo 1260. El codeudor solidario o de prestación indivisible que cumple la obligación, sólo puede exigir a sus codeudores la parte por la que cada uno de ellos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda; no obstante, son de aplicación las normas del artículo 1204. Este último precepto, propio de la indivisibilidad—por mandato del primer párrafo del artículo 1181— y de la solidaridad, ordena la distribución de la parte del insolvente entre los solventes, de acuerdo con sus intereses en la obligación; y aclara que si la obligación fue contraída en interés exclusivo del insolvente, la deuda se distribuye entre los demás codeudores por partes iguales.

El artículo 1264, con el que concluyen las normas sobre el pago con subrogación, reproduce conceptualmente el artículo 1273 del Código de 1936. Si existiera subrogación parcial y los bienes del deudor no alcanzaran a pagar la parte del acreedor primitivo y la del subrogado, ambos concurrirían con igual derecho, en proporción a sus respectivos porcentajes. Esta solución—similar, entre otras, a la de los artículos 772 del Código Argentino, 2061 del Código Mejicano y 1205 del Código Italiano— se aparta del principio francés, acogido luego por el artículo 1213 del Código Español y el artículo 990 del Código del Brasil, que otorga preferencia al acreedor primitivo respecto al tercero subrogado.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil de 1936, el doctor *Manuel Augusto Olaechea* explicaba sobre el precepto bajo comentario que “al ocuparse de la subrogación parcial, el Proyecto adopta la institución argentina. El Código Argentino se separa del Francés y de otros más modernos. Conforme a estos últimos, el acreedor que recibe un pago parcial puede cobrar con preferencia al subrogado el saldo que conservare a su favor. No descubrimos razón atendible para esta preferencia, que es contraria

a la justicia, y por ello seguimos la institución argentina que establece la igualdad entre el subrogante y el subrogado”.

CAPITULO SEXTO

Dación en pago

“*Artículo 1265.*— El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse”.

“*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”.

Los artículos 1265 y 1266 están dedicados a la dación en pago. El artículo 1265 tiene origen en el artículo 1274 del Código de 1936, así como en los artículos 364 del Código Alemán, 779 del Código Argentino, 995 del Código Brasileño, 2095 del Código Mexicano y 1490 del Código Uruguayo. El artículo 1266 reproduce el artículo 1276 del Código de 1936, cuyos antecedentes inmediatos son los artículos 781 del Código Argentino, 996 del Código Brasileño y 1491, segundo párrafo, del Código Uruguayo.

El Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil no legislaba la dación en pago, pues constituye una novación por cambio de objeto y por ello la incorporaba en el título relativo a la novación. Si el Proyecto, siguiendo la técnica alemana, no hubiera previsto reglas sobre la novación, entonces tendría necesariamente que consignarlas respecto a la dación en pago o pago por entrega de bienes. Pero acogiendo la figura de la novación, se consideró ocioso establecer preceptos propios para una institución ya incorporada en el concepto genérico de la novación objetiva.

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; y esto es novación.

Se ha pretendido que la dación en pago o adjudicación en pago no crea una nueva obligación. Tal concepto es erróneo. Si se cumple con prestación distinta a la debida, las partes tienen que convenir, irremediabilmente, en extinguir la antigua obligación mediante la creación de una obligación nueva, que es lo que justamente determina que se cumpla con prestación diferente a

la originalmente adeudada. Que la segunda obligación se extinga inmediatamente después de creada o que subsista por algún tiempo, carece de relevancia en lo que a las características de la institución se refiere.

Llama la atención, por ello, que el legislador de 1936 proclamara en la Exposición de Motivos del Proyecto que la dación en pago o adjudicación en pago constituía una novación por cambio de objeto, y que, sin embargo, la legislara separadamente. Señala la Exposición de Motivos que "Los autores modernos proclaman que la adjudicación en pago implica una novación por cambio de objeto: el acreedor consiente en sustituir su primitiva acreencia por una cuyo objeto es diverso; esta nueva acreencia dura un momento, el tiempo corrido entre el instante en que se perfecciona el convenio de la adjudicación en pago y el de su ejecución, pero la rapidez con que se suceden estas operaciones no cambia nada su naturaleza". Y agrega: "Pero el objeto no puede cambiar sin que la deuda sea novada. Toda adjudicación en pago implica, pues, aunque las partes no se den cuenta de ello, una novación implícita".

Estas expresiones explican que los artículos 1274 al 1279 del Código de 1936, que legislan la institución, carezcan de sustantividad. Nada novedoso aportan tales preceptos. Por eso la figura de la dación en pago o adjudicación en pago, sin descartarse de la ley civil, quedaba incorporada, en el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, en las disposiciones referentes a la novación objetiva.

No obstante las consideraciones precedentes, la Comisión Revisora consideró conveniente regular la dación en pago, un tanto en aras de la tradición.

Conviene observar que el artículo 1265 establece que el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.

Se varía de este modo la regla del artículo 1274 del Código de 1936, conforme a la cual lo que se dé en pago debe ser "alguna cosa que no sea dinero". 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. Ello determina que la identificación con la novación objetiva contemplada en el artículo 1278 se haga más patente.

En cuanto al artículo 1266, la doctrina argentina ha cuestionado severa-

mente lo dispuesto en el artículo 751 del Código Argentino —que constituye uno de los antecedentes del precepto peruano—, cuando establece que debe determinarse la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago para que sus relaciones con el deudor se juzguen por las reglas de la compra-venta.

Expresa *Raymundo Salvat* sobre el particular: “¿Cuál es el alcance de las palabras si se determinase el precio? Aparentemente ellas parecerían establecer una distinción según que haya o no precio determinado: las reglas de la compra-venta se aplicarían en el primer caso, pero no en el segundo. Pensamos sin embargo que esta distinción es inadmisibles y que el artículo 781 debe ser aplicado, sea que exista precio expresamente determinado, sea que por no haberlo sido, éste debe considerarse tácitamente establecido, en los dos casos que pueden presentarse: 1^o Cuando la obligación primitiva consistía en dar una suma de dinero, el importe de ella, de acuerdo con la doctrina tradicional, debe en tal caso ser considerado como el precio de la cosa dada en pago; 2^o Cuando la obligación primitiva consistía en entregar cualquier cosa o en una prestación de hacer o no hacer, debe admitirse que las partes han fijado como precio de la cosa dada en pago el valor mismo de la cosa o del hecho debido. La operación, dentro de las similitudes legales, tendría en el primer caso todos los caracteres de una permuta, regida ante todo por las reglas de la compra venta”.

Cabe indicar por último, en relación al artículo 1266, que en aplicación del artículo 1484 el *solvens* queda sujeto a la obligación de saneamiento.

CAPITULO SEPTIMO

Pago indebido

El título del pago concluye con los artículos 1267 al 1276, referentes al pago indebido o pago de lo que no se debe y que se inspiran en los artículos 1280 al 1286 del Código Civil de 1936, los cuales, a su vez, tuvieron fundamento importante en los artículos 2119 al 2127 del Código de 1852.

“*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”.

“*Artículo 1268.*— Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título,

limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor”.

“*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”.

“*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, sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala 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”.

“*Artículo 1272.*— Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.

Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados”.

“*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”.

“*Artículo 1274.*— La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago”.

“*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”.

“*Artículo 1276.*— Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.

En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios”.

El principio consignado por el artículo 1267 es el mismo que el previsto

por el artículo 1280 del Código de 1936, que encuentra su origen en los artículos 1376 y 1377 del Código Napoleónico, 1895 del Código Español, 784 del Código Argentino, 1376 y 1377 del Código Dominicano, 1179 del Código Venezolano, 63 del Código Suizo y 964 del Código del Brasil. Quien hace un pago, por error de hecho o de derecho, sin estar obligado a verificarlo, puede exigir la restitución de quien lo recibió. Esta norma rige la institución del pago indebido, pero ella está sujeta, a su vez, a las restricciones consignadas por la propia ley.

Tales restricciones están contenidas en los diversos preceptos de la institución legislada, pero básicamente en los artículos 1268 y 1275 que reproducen doctrina similar a la de los artículos 1281 y 1285 del Código de 1936.

El artículo 1268 —cuyo antecedente inmediato se inspiró en los artículos 1377 del Código Francés, 1899 del Código Español, 785 del Código Argentino y 969 del Código del Brasil— es de texto similar al artículo 1377 del Código Dominicano, al artículo 1179 del Código Venezolano y a la primera parte del artículo 2036 del Código Civil Italiano. Este artículo establece que está exento de la obligación de restituir quien recibiendo el pago de buena fe, esto es, en la creencia de que se hacía por cuenta de crédito legítimo y subsistente, inutiliza el título, limita o cancela las garantías de su derecho o deja prescribir la acción contra el verdadero deudor. En los dos primeros casos, quien efectúa el pago indebido podría dirigirse sólo contra el verdadero deudor, mas no contra los fiadores; pues sería absurdo decidir que éstos restituyeran al tercero que efectuó el pago indebido, y que luego tuvieran que accionar contra el verdadero deudor sin el título —porque se inutilizó—, o con las garantías limitadas o canceladas. En el tercer caso, quien pagó indebidamente también podría dirigirse contra el verdadero deudor, pero éste, a su vez, estaría en aptitud de oponer la excepción de prescripción. En esta última hipótesis, quien pagó mal no tendría contra quién repetir.

Los artículos 1269, 1270, 1271 y 1272 del Código tienen su origen en los artículos 1283 y 1284 del Código de 1936. Principios similares informan otras legislaciones. Estos principios se encuentran contenidos en los artículos 1378, 1379 y 1380 del Código Francés, 2120 y 2121 del Código Civil de 1852, 1896 y 1897 del Código Español, 786 y 788 del Código Argentino, 818 y 822 del Código Civil Alemán, 966 y 968 del Código del Brasil, 1884 al 1889 del Código Mejicano, 1180 y 1182 del Código Venezolano, 1378 al 1380 del Código Dominicano y 2033, 2036, 2037, 2038 y 2040 del Código Italiano, entre otros cuerpos legislativos.

El artículo 1269 dispone que quien acepte un pago indebido de mala fe deberá abonar el interés legal —cuando se trate de capitales— o los frutos percibidos o que debió percibir— cuando el bien recibido los produjera—, desde la fecha del pago indebido. En cuanto a los casos de pérdida o deterioro del bien, el precepto dispone que quien lo recibió de mala fe responde de los menoscabos y perjuicios que el bien hubiera sufrido por cualquier causa, salvo que el evento no imputable hubiese podido afectarlo del mismo modo hallándose en poder de quien lo entregó.

El artículo 1270, por su parte, se refiere a los casos de enajenación del bien por quien lo hubiese recibido de mala fe, sea que se trate de una enajenación a título oneroso o gratuito. También contempla las hipótesis de que el adquirente hubiese procedido de mala o de buena fe.

Si quien acepta un pago indebido de mala fe enajenara el bien a título oneroso o gratuito a un tercero que también procediera de mala fe, quien efectuó el pago indebido podrá exigir su restitución, y, solidariamente, al enajenante y al adquirente, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Si quien recibe el bien de mala fe lo enajenara a título oneroso, pero el tercero adquirente procediera de buena fe; entonces quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios. En este caso el tercero adquirente de buena fe no estaría obligado a devolver el bien ni a pagar indemnización alguna.

Por último, si quien recibe el pago indebido de mala fe enajenase el bien a título gratuito a favor de un tercero que procediera de buena fe, quien efectuó el pago indebido podrá exigir la restitución. En estos casos, sin embargo, sólo queda obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe.

El artículo 1271 se refiere a quien acepte un pago indebido de buena fe. En estos casos queda obligado a restituir, conjuntamente con el bien, los intereses o frutos percibidos. Sin embargo, sólo responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido.

El artículo 1272 se refiere a los casos de aquel que reciba un pago indebido de buena fe pero que enajena el bien a un tercero, sea que éste proceda de buena o de mala fe; previéndose los casos de que tal enajenación sea a título oneroso o gratuito.

Quien acepta un pago indebido de buena fe y enajena el bien, a título oneroso, a un tercero que también procede de buena fe, queda obligado a restituir el precio o a ceder la acción para hacerlo efectivo. Si quien acepta el pago indebido de buena fe enajenara el bien, a título oneroso, a favor de un tercero que procediera de mala fe, quien pagó indebidamente puede exigir a tal tercero la restitución del bien, más el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Si quien recibió el pago indebido de buena fe enajenara el bien a un tercero, a título gratuito, se distinguen los casos en que este tercero proceda de buena o de mala fe; si ha actuado de buena fe, sólo está obligado a la restitución; si procedió de mala fe queda obligado, además, al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Se observa, como comentario final a los preceptos analizados, que el Código desea establecer un régimen claro y privativo respecto a la restitución de los bienes que obedecen a pagos indebidos.

El artículo 1273 tiene su antecedente inmediato en los artículos 1282 del Código de 1936 y su antecedente mediato en los artículos 1900 y 1901 del Código Español, 965 del Código del Brasil, 2298 del Código Chileno, 2225 del Código Ecuatoriano y 1891 del Código Mejicano. La norma establece que la prueba del error, al igual que la del pago —situación esta última ya prevista por el artículo 1229 del Código—, incumbe a quien pretende haber incurrido en él. Sin embargo, si quien recibió el pago lo niega y, por su parte, quien pagó prueba que lo hizo, revertiría la carga de la prueba, en forma tal, que quien recibió el pago tendría que demostrar que le era debido. El precepto agrega, en su segundo párrafo, una regla consignada en el artículo 1901 del Código Español: la presunción —*juris tantum*, por cierto— de que hubo error al cumplirse con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. En estos casos, quien recibió el pago puede probar que la entrega se verificó a título de liberalidad o por otra causa justificada.

El artículo 1274 contiene una regla de prescripción que se aparta radicalmente de la solución prevista por el artículo 1286 del Código de 1936, el cual tiene como único antecedente al artículo 2124 del Código Civil de 1852. El artículo 1286 citado es un precepto *sui generis*, cuya doctrina no podía prevalecer. Ella significaba, a manera de ejemplo, que si el pago indebido se efectuó por concepto de indemnización por un supuesto acto ilícito, la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribiría a los dos años (artículo 1168, inciso 6), del Código Civil de 1936); pero si el pago indebido se efectuó por restitución en un supuesto contrato de mutuo, la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribiría a los quince años (artículo 1168, inciso 2), del Código Civil de 1936). No se encuentra justificación para regular en forma

tan arbitraria los plazos en los que deben prescribir las correspondientes acciones de repetición. El pago indebido hace nacer una acción propia, personal, de repetición. Su origen es también propio y su plazo debe ser el mismo, con prescindencia del que corresponda a la acción que hubiera originado la obligación inexistente pagada.

Es por ello que el artículo 1274 recurre a una regla más lógica, inspirada en el artículo 67 del Código Federal Suizo de las Obligaciones y el artículo 1893 del Código Mejicano: el plazo de prescripción para recuperar lo indebidamente pagado es de cinco años, a contar desde que se efectuó el pago.

A sugerencia nuestra la Comisión Revisora suprimió en este artículo el concepto según el cual la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribía al año, a contar desde el día en que la parte perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a ejercitarla y que preveía el artículo 1292 del Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Se consideró para ello que el cómputo del plazo prescriptorio no podía depender de una circunstancia subjetiva como el conocimiento de estar en aptitud de promover la acción. El plazo de prescripción de ésta debe computarse, objetivamente, desde el momento en que se verificó el pago indebido.

El artículo 1275, por su parte, contiene un precepto similar al artículo 1285 del Código Civil de 1936, y sus principios son regularmente acogidos por la legislación comparada. Así, el artículo 1235 del Código Francés impide la repetición en las obligaciones naturales voluntariamente pagadas. Los artículos 792 y 795 del Código Argentino se refieren a los pagos efectuados sin causa, por causa contraria a las buenas costumbres o a los obtenidos por medios ilícitos, aun cuando se hubieran hecho sin error. El artículo 814 del Código Alemán señala que no procede la repetición si quien realiza la prestación respondía a un deber ético o a una medida a tomar en relación con el decoro, y se agrega, en la última parte del artículo 817, la prohibición de repetir cuando se paga para obtener un fin inmoral o ilícito. El artículo 970 del Código del Brasil establece que no se puede repetir lo que se pagó para solucionar deuda prescrita u obligación natural, y añade el artículo 971 que tampoco se puede repetir lo que se pagó para obtener un fin ilícito, inmoral o prohibido por la ley. El artículo 1894 del Código Mejicano dispone que no tiene derecho a repetir el que ha pagado una deuda prescrita o para cumplir un deber moral, y agrega el artículo 1895 que lo que se hubiere entregado para la realización de un fin ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder de quien lo recibió, correspondiéndole el 50% o a la beneficencia pública y el otro 50% a quien efectuó el pago. El artículo 2034, primer párrafo, del Código Italiano, dispone que no se admite la repetición de las pres-

taciones hechas espontáneamente en ejecución de deberes morales o sociales, salvo cuando hubieren sido entregadas por un incapaz, y agrega el artículo 2035 que no se puede repetir cuando se paga para una finalidad que constituya ofensa a las buenas costumbres. El artículo 2126 del Código de 1852; el artículo 1235 del Código Dominicano; los artículos 63, segundo párrafo, y 66 del Código Federal Suizo de las Obligaciones, establecen, en fin, reglas similares al artículo 1275 comentado.

Dispone esta norma, en primer término, que no se puede repetir lo pagado en virtud de una deuda prescrita, vale decir, de una obligación natural. Además, el precepto también impide repetir lo que se paga para cumplir deberes morales o de solidaridad social: quien cumple prestaciones a las que no podía ser conminado judicialmente, pero que ha efectuado respondiendo a un imperativo de su conciencia, no es acreedor, al amparo de la ley, para reclamar lo pagado. La norma, finalmente, prohíbe la repetición de lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito. El principio ético que informa al precepto es evidente.

La Comisión Revisora acogió nuestra propuesta en el sentido de completar el artículo 1275 con un segundo párrafo, según el cual, "lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar": La regla está inspirada en lo dispuesto por el artículo 1895 del Código Civil Mexicano. De este modo se evita que lo pagado para lograr cualquiera de los propósitos indicados quede en poder de quien lo recibió, pues ello resentiría seriamente a la moral y a la justicia.

Señalaremos, para terminar, que el artículo 1276 contiene doctrina novedosa. Las reglas del pago indebido se aplican, en cuanto fueren pertinentes, a las obligaciones de hacer en que no es posible restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer. El precepto agrega que, en estos casos, si quien acepta el pago indebido procede de buena fe, sólo estará obligado a indemnizar en cuanto se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, deberá restituir, además del íntegro del valor de la prestación, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

TITULO III

Novación

Los artículos 1277 a 1287 del Código rigen la novación.

Como se sabe, el Código Civil Alemán no legisla la novación, pero sustituye esta figura jurídica por otras instituciones. Así, considera como equivalente de la novación objetiva la dación en pago, normada por los artículos 364 y 365; como equivalente de la novación por cambio de acreedor, la transmisión del crédito, regulada por los artículos 398 a 413; y como equivalente de la novación por cambio de deudor, la asunción de deudas prevista por los artículos 414 a 419.

El Código de 1984, sin embargo, mantiene la misma fisonomía que el Código Civil de 1936. En él rige la novación en las diversas formas en que puede presentarse: novación objetiva y novación subjetiva; novación subjetiva por cambio de acreedor y por cambio de deudor; y novación subjetiva por cambio de deudor, por delegación y por expromisión.

“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”.

El artículo 1277 define, en su primer párrafo, el concepto en que se sustenta la novación. Por la novación se sustituye una obligación por otra. Se extingue por tanto la obligación primitiva u original como consecuencia del nacimiento de una nueva.

El segundo párrafo del artículo 1277 reproduce, conceptualmente, el primer párrafo del artículo 1290 del Código de 1936 y tiene su origen en los artículos 1273 del Código Francés; 1204 del Código Español; 812, primera parte, del Código Argentino; 1000 del Código Brasileño; 1677, primer párrafo, del Código Ecuatoriano; 1634, primer párrafo, del Código Chileno; 353 del Código Boliviano; 2215 del Código Mejicano; 1273 del Código Dominicano; 1315 del Código Venezolano y 304 del Anteproyecto Brasileño. El precepto señala los dos supuestos en que opera la novación. Primero, cuando la voluntad de novar se manifiesta clara e indubitablemente en la nueva obligación. Segundo, cuando existe incompatibilidad entre la antigua obligación y la nueva.

“Artículo 1278.— Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente”.

El artículo 1278 define los casos en que existe novación objetiva. El precepto encuentra su fuente en los artículos 1271, inciso 1), del Código Francés; 2265 del Código Civil de 1852; 1203, inciso 1), del Código Español; 364 del Código Alemán; 999, inciso 1), del Código Brasileño; 1631, inciso 1), del Código Chileno; 1203, inciso 1), del Código Cubano; 1314, inciso 1), del Código Venezolano; 1271, inciso 1), del Código Dominicano; 1674, inciso 1), del Código Ecuatoriano; 1526, inciso 1), del Código Uruguayo; 1690, inciso 1), del Código Colombiano; 263 del Código Polaco; 352 del Código Boliviano; 1230, primer párrafo, del Código Italiano; 2996 del Proyecto de 1891; 199, inciso 1), del Proyecto Franco-Italiano; 652, inciso 1), del Proyecto Sánchez de Bustamante y 2115, inciso 1), del Proyecto Rojina.

Hay novación objetiva cuando el mismo acreedor y deudor sustituyen la primitiva obligación por otra nueva, con prestación distinta o a título diferente. En estos casos se modifica la prestación o el título en virtud del cual se debe. En la nueva obligación aparecen el mismo acreedor y el mismo deudor; no hay, en consecuencia, cambio de sujetos en la nueva relación obligacional.

Sobre el segundo de los supuestos de novación objetiva que contempla el artículo 1278, explica *Angel Gustavo Cornejo* que “Es también opinión común que hay novación cuando se cambia la causa de la obligación tomando esta palabra en el sentido de fuente o hecho generador de ella. Ejemplo: conversión de un depósito en préstamo o viceversa; conversión en compra-venta de la obligación de entregar una cosa a título de permuta, etc. En

estos casos y en todos los análogos, se reconoce el efecto novativo, por lo que *Baudry Lacantinerie* dice 'que hay novación siempre que las partes convengan que el objeto debido al acreedor por cierto título le será debido en adelante por un título diferente'".

"*Artículo 1279.*— La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación".

El artículo 1279 se inspira en el principio recogido por la segunda parte del artículo 1290 del Código de 1936, y su texto contiene la misma regla que el artículo 1231 del Código Civil Italiano. Normas similares se encuentran consignadas en otros preceptos legales, tales como en la segunda parte del artículo 812 del Código Argentino y en los artículos 116 del Código Suizo; 323 y 324 del Código Libanés; 1705, 1707, 1708 y 1709 del Código de Colombia; 1691 al 1693 del Código Ecuatoriano; 1648 al 1650 del Código Chileno; y 306, primera parte, del Anteproyecto Brasileño. El precepto advierte, con énfasis, que las modificaciones adjetivas en una relación obligacional, tales como la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago o cualquier otro cambio accesorio, no producen efectos novatorios. La novación requiere, por tanto, el cambio de algún elemento esencial.

"*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".

El artículo 1280 tiene origen en los artículos 817 del Código Argentino y 3001 del Proyecto de 1891.

La regla se refiere al primer caso de novación subjetiva previsto por el Código, esto es, a la novación por cambio de acreedor. Para que se extinga una obligación y en su reemplazo se cree una nueva con distinto acreedor, se requiere no sólo del convenio entre el primitivo acreedor y el nuevo, vale decir, entre el acreedor sustituido y el que se sustituye, sino además el consentimiento del deudor. Este es un elemento esencial de la novación. Sin el consentimiento del deudor no podría crearse una nueva obligación a su cargo, aun cuando la prestación fuera la misma que la de la antigua obligación. Este es justamente el rasgo distintivo entre la novación, de una parte, y la cesión de derechos y el pago con subrogación, de la otra. En la novación se requiere que el deudor consienta en asumir la nueva obligación. Ello no sucede en la cesión de derechos, porque si bien cambia la persona del acreedor, la obligación sigue

siendo la misma. Y tampoco ocurre en el pago con subrogación, porque quien paga y, por tanto, se subroga, interviene como nuevo acreedor en la misma relación obligacional. En estos dos últimos casos no se está creando una nueva obligación a cargo del deudor; se trata de la misma obligación con distinto acreedor. Esas figuras jurídicas, como fácilmente se percibe, son distintas a la novación por cambio de acreedor, en que la nota característica es la extinción de una obligación por la creación de una nueva.

“Artículo 1281.— La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor”.

El artículo 1281 se refiere a la novación subjetiva por cambio de deudor, y, dentro de la nomenclatura propuesta, a la novación por delegación. Son antecedentes del precepto los artículos 1275 del Código Francés, 1205 del Código Español, 814 del Código Argentino, 1275 del Código Dominicano, 1205 del Código Cubano, 1531 del Código Uruguayo, 395 del Código Boliviano, 1694 del Código Colombiano, 1678 del Código Ecuatoriano, 1635 del Código Chileno, 1317 del Código Venezolano, 1268 del Código Italiano, 654 del Proyecto Sánchez de Bustamante y 244 del Anteproyecto Brasileño.

El principio que inspira la norma es el mismo señalado al comentar el artículo 1280. No basta, para que opere la novación por delegación, el acuerdo entre el deudor de la obligación primitiva y el deudor de la nueva obligación, vale decir, entre el deudor sustituido y el sustituyente; se requiere, además, el consentimiento del acreedor. Esto porque no podría prescindirse, al establecerse una nueva relación obligacional, del consentimiento del acreedor, y porque es evidente, además, que a tal acreedor no podría imponérsele, sin su voluntad, un deudor distinto.

Se observa, de lo expuesto, que tanto en la novación objetiva como en la novación por cambio de acreedor, se requiere, para extinguir la antigua obligación y crear una nueva que la sustituya, el consentimiento del deudor. Esto obedece no a la circunstancia de que se extinga la antigua obligación, pues para ello no tendría porqué exigirse el acuerdo del deudor; sino al hecho de crearse una nueva obligación a su cargo. No se concebiría sustituir una obligación por otra, sin el consentimiento del deudor.

Por otra parte, en la novación por delegación también se exige la intervención del antiguo deudor. En este caso es justamente el propio deudor quien delega su deuda; la naturaleza de las relaciones obligacionales que se extinguen y crean, requiere de tal intervención.

Es distinta la novación subjetiva por expromisión. En este caso el antiguo deudor ya no aparece en la nueva obligación; tampoco interviene delegando la deuda ni, en general, en los actos que se practican para extinguir la antigua obligación y crear una nueva. El deudor se encuentra en similar situación jurídica a la de aquella relación obligacional en la cual el pago lo efectúa un tercero, y para lo cual no se requiere ni el conocimiento ni el consentimiento del deudor (artículo 1222).

“Artículo 1282.— La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo”.

Las explicaciones precedentes justifican la incorporación del artículo 1282, cuyo texto encuentra sus antecedentes en los artículos 274 del Código Francés, 1205 del Código Español, 815 del Código Argentino, 1001 del Código del Brasil y 1274 del Código Dominicano. El mismo principio lo acoge el artículo 414 del Código Alemán, pero refiriéndose a la asunción de deudas.

El artículo 1282 comentado prescribe que la novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo. El Código aclara el texto del artículo 1291 del Código de 1936 que dispone que la novación por cambio de deudor puede verificarse sin consentimiento de éste, al precisar que el principio sólo se refiere a la expromisión, pues en la delegación necesariamente tiene que intervenir el deudor; y que la expromisión, al igual que el pago, puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor.

“Artículo 1283.— En la novación no se transmiten 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”.

El artículo 1283 señala, en su primera parte, que en la novación, salvo pacto en contrario, no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida. Se modifica, por consiguiente, la doctrina consagrada por la última parte del artículo 1287 del Código de 1936 que dispone que en la novación por cambio de acreedor se transmiten al nuevo acreedor las garantías de que gozaba el antiguo acreedor en la obligación extinguida. El precepto del Código Civil de 1936, cuyo origen se encuentra en el artículo 2270

del Código Civil de 1852, carece prácticamente de antecedentes legislativos; no obstante, cabe citar los artículos 2344 del Código de Guatemala y 870 del Código de Bolivia de 1830. Dicho precepto es, a todas luces, incongruente con la naturaleza jurídica de la institución. Si por la novación se extingue la obligación antigua, parece evidente que tal extinción debe también comprender todos los accesorios, salvo pacto en contrario. Esta es, justamente, una diferencia importante entre la novación por cambio de acreedor y la cesión de derechos, a la que antes se ha aludido. En la cesión de derechos se transmiten los accesorios. Y ello ocurre porque la obligación, no obstante el cambio de acreedor, continúa siendo la misma.

La segunda parte del artículo 1283 es similar al artículo 1288 del Código de 1936. Ella se refiere a la novación por delegación. Si la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, se reputa que el acreedor, al aceptar a tal insolvente como nuevo deudor, ha incurrido en error y, por tanto, puede exigir el cumplimiento de la obligación al antiguo deudor y a sus garantes. Si la insolvencia del nuevo deudor, sin haber sido pública, la hubiera conocido el antiguo deudor al efectuarse la delegación, se presume que el acreedor, o bien ha sido inducido a error, o bien ha sido víctima de maniobra dolosa. La sanción, en estos casos, es la misma: el acreedor tiene recurso contra el antiguo deudor y sus garantes.

Se observa, sin embargo, que la regla prevista por la segunda parte del artículo 1283 es excepcional y que ella tan sólo procede en los casos allí contemplados, porque el principio general, incluyendo desde luego el caso de expromisión, señala que ni el antiguo deudor ni sus garantes mantienen responsabilidad alguna en la nueva relación obligacional.

El artículo 1283 encuentra sustento en ciertos principios consignados por otras normas, tales como los artículos 1276 y 1278 del Código Francés, 2268 y 2269 del Código Civil de 1852, 1274 del Código Italiano de 1865, 1206 del Código Español, 1002 y 1003 del Código del Brasil, 1696, 1700 y 1701 del Código de Colombia, 1276 y 1278 del Código Dominicano, 354 del Código Boliviano, 1320 del Código Venezolano, 203 del Proyecto Franco-Italiano y 307 del Anteproyecto Brasileño.

Artículo 1284.— Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.

Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviese sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura”.

“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”

Los artículos 1284 y 1285 modifican parcialmente la regla del artículo 1293 del Código de 1936, que es similar a la prevista por los artículos 807 del Código Argentino, 2216 del Código de Méjico, 1692 del Código de Colombia, 1676 del Código Ecuatoriano y 1633 del Código Chileno.

Los artículos 1284 y 1285 rigen los casos de novación en las obligaciones sujetas a condición suspensiva y a condición resolutoria, respectivamente.

El artículo 1284 prescribe que cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario. Ello significa que la antigua obligación subsiste, sin ser exigible, en espera de que se verifique o no el evento condicional suspensivo de la nueva obligación.

El precepto contempla, en su segundo párrafo, la situación inversa: si la obligación primitiva está sujeta a condición suspensiva y la nueva es pura, sólo habrá novación, salvo pacto en contrario, si se cumple tal condición suspensiva. Sólo en este caso quedará reemplazada la primitiva obligación por la nueva.

El artículo 1285, por su parte, contempla reglas inversas para las obligaciones sujetas a condición resolutoria. Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria opera, salvo pacto en contrario, la novación. Esta regla se justifica porque la obligación sujeta a condición resolutoria tiene eficacia; crea un derecho cierto; a diferencia de lo que acontece con la obligación sujeta a condición suspensiva; se trata, entonces, de desechar la incertidumbre que originaría la regla inversa. La segunda parte del precepto añade que las mismas normas se aplicarán si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura, salvo que las partes estipulen en contrario.

“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”.

El artículo 1286 también contiene una norma que se desprende de la naturaleza jurídica de la institución y que encuentra su origen en el artículo 1292 del Código de 1936 que, a su vez, se inspiró en los artículos 1208 del Código Español; 1007 y 1008 del Código de Brasil; 2218 del Código de Méjico; 1673, primer párrafo, del Código Ecuatoriano; 1630, primer párrafo, del Código Chileno; 356 del Código Boliviano; 1324, primera parte, del Código Venezolano y 3010 del Proyecto de 1891. El precepto, por lo demás, es similar al artículo 1234 del Código Italiano y contiene principios del artículo 860, inciso 1), del Código Portugués. La obligación nula no es susceptible de novarse, porque no se estaría extinguiendo obligación alguna para crear una nueva que la sustituya. En el caso de la obligación anulable, la novación, con conocimiento del vicio por el deudor que asume la nueva obligación, equivale a su confirmación y subsiguiente extinción al crearse la nueva relación obligacional. Esta es la doctrina de *Aubry y Rau* que acoge el Código.

“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”.

Con el artículo 1287 concluyen las normas sobre novación. El precepto es una consecuencia más de la naturaleza jurídica de la novación y tiene su origen en el artículo 1276 del Código Italiano y en el inciso 2) del artículo 860 del Código Portugués. En él se conjugan las normas de la institución, con principios de justicia. Si la nueva relación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive; pero esta vez sin las garantías prestadas por terceros.

TITULO IV

Compensación

El Código legisla entre los artículos 1288 y 1294 la tercera forma de extinción de las obligaciones, esto es, la compensación.

Sigue el Código igual doctrina —cuyo origen se encuentra en la legislación alemana— que la del Código de 1936, con la misma variante adoptada por el legislador de entonces, esto es, que la compensación sólo opera desde que se opone una obligación a la otra, sin otorgarle efectos retroactivos a la fecha de coexistencia de ambos créditos. El nuevo Código Civil no comparte la doctrina de *Saleilles*, acogida, entre otros preceptos, por los artículos 387, 388 y 389 del Código Alemán y por el artículo 854 del Código Portugués; doctrina que preconiza que las dos deudas se han paralizado recíprocamente desde el día de su coexistencia, y que la declaración de pago no hace sino aceptar una situación ya adquirida y reconocer, por consiguiente, una liberación anterior, más que operar un pago actual.

Nuevamente se desestima, por otra parte, la errónea doctrina acogida por los artículos 1289 y 1290 del Código Francés— modelos de los artículos 2253 del Código Civil de 1852, 1195 y 1202 del Código Español y 818 del Código Argentino— que ampara la tesis de la compensación *ipso jure*, de pleno derecho, aun en la ignorancia de las partes, por la simple coexistencia de las dos obligaciones. Nos referimos a la errónea doctrina francesa, consagrada por el Código Napoleónico, porque ella tiene origen, a su vez, en una equivocada interpretación de los textos de *Justiniano*. *Pothier*, refiriéndose a la compensación en el Derecho Romano, decía que ella "se hace de pleno derecho, *ipso jure*, eso significaba que se hace por la sola virtud de la ley, sin que haya sido pro-

nunciada por el juez y sin oposición por las partes”, y agregaba que “así es que el que era acreedor de una persona, pasa a ser deudor por una suma u otra cantidad susceptible de compensación con aquella de la que era acreedor, y viceversa, tan pronto aquél que era deudor de una persona queda acreedor por una suma susceptible de compensación con aquella de la que era deudor (. . .); y las deudas respectivas eran desde aquel momento extinguidas hasta la debida concurrencia, por la sola virtud de la ley de la compensación”.

La interpretación sobre el carácter *ipso jure* de la compensación en el Derecho Romano es errónea, en cuanto se le otorga naturaleza compulsiva por la sola virtud de la ley. Todo lo que cabe ver en esa expresión es que la compensación, mas no la extinción, se verificaba *ipso jure*. La compensación, alegada u opuesta por alguna de las partes, producía los mismos efectos que el pago; como éste, extinguía la obligación, sin necesidad de que fuera consagrada judicialmente. La expresión *ipso jure* sólo significaba que la compensación podía ser invocada sin el empleo de los procedimientos anteriores a la época de *Justiniano*, en particular sin la necesidad de usar la excepción de dolo.

Fue por ello que el Código Civil Alemán abandonó el sistema de la compensación legal del Derecho Francés. En el Código Alemán la compensación se realiza por vía de declaración unilateral de voluntad, hecha por uno de los deudores. Y fue por ello también que el legislador peruano de 1936 optó por la teoría alemana. Siguen a aquel precepto todos los Códigos modernos.

En suma, el nuevo Código se pronuncia enfáticamente por la fórmula del legislador de 1936. La extinción operada sin relación a la voluntad del interesado no se justifica. Al interesado puede convenirle la subsistencia de su crédito. Nadie está obligado a cobrar lo que no se le paga; la ley no tiene porqué imponer el pago de los créditos que no se reclaman. Si el pago es un acto psicológicamente libre, ¿por qué —se pregunta *Bibiloni*— no lo debe ser también la compensación?

“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”.

Los antecedentes expuestos determinan el texto del artículo 1288 del Código, que señala las características de la compensación: para que ella pueda

ser opuesta válidamente por una de las partes, es preciso que las obligaciones sean recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas. Se requiere la homogeneidad porque las prestaciones, además de fungibles, deben pertenecer al mismo género; de manera que no es compensable una deuda de bien fungible con una deuda de otro bien, igualmente fungible, pero perteneciente a otro género. Es necesario que el objeto de cada una de las obligaciones pueda servir de pago en la otra, pues en caso contrario los deudores recibirían prestaciones distintas a las que les corresponderían.

El Código de 1936 sólo señala el requisito de la exigibilidad. El de la reciprocidad es elemento esencial de la compensación. Inquietan, sin embargo, las expresiones de la Exposición de Motivos del Proyecto del Libro Quinto del Código de 1936, relativas a la fungibilidad, cuando señalan que "si se suprime el requisito de la liquidez, si la compensación deja de ser automática, y si su verdadera amplitud se puede controvertir dentro del juicio, deja de ser condición la fungibilidad recíproca de las obligaciones sujetas a compensación". Se considera que la fungibilidad entre las prestaciones sujetas a compensación, es requisito esencial para que opere esta forma de extinción de las obligaciones por voluntad de una de las partes. No se comprende cómo podría ocurrir lo contrario. La circunstancia de que se suprima el requisito de liquidez, que la compensación deje de ser automática y que su verdadera amplitud pueda controvertirse en juicio, en nada altera tal exigencia.

Por otra parte, el artículo 1288, a diferencia de lo expresado en la Exposición de Motivos del Proyecto del Código Civil de 1936 y de lo previsto por el artículo 847, inciso 3), del Código Portugués, contempla la liquidez como requisito para oponer la compensación. Si bien una obligación ilíquida no deja de ser una obligación, el liquidarse puede ser un problema de fondo muy alejado de una cuestión de simple contabilidad. El artículo 1288 comentado se inspira, en esta materia, en el artículo 330 del Código Libanés.

Cabe aclarar, finalmente, que la compensación queda descartada cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo. Así lo establece la última parte del artículo 1294 del Código de 1936 y la última parte del artículo 1288 del nuevo Código Civil.

"Artículo 1289.— Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurren los requisitos previstos por el artículo 1288. Los requisitos para tal compensación pueden establecerse previamente".

El artículo 1289 es fruto de la autonomía que se atribuye a la voluntad

y tiene origen en los artículos 2255 del Código Civil de 1852 y 1252 del Código Civil Italiano. Este artículo no amerita explicación. Las partes pueden convenir la compensación, aun cuando no concurren los requisitos previstos por el artículo 1288. Las partes también pueden establecer previamente las condiciones en que operaría la compensación. Esto es lo que se conoce con la denominación genérica de "contrato de 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".

El artículo 1290 se refiere a los casos en que está prohibida la compensación. El precepto tiene numerosos antecedentes. La misma doctrina inspira no sólo al artículo 1295 del Código Civil de 1936, sino también a los artículos 1293 del Código Francés, 2258 del Código Civil de 1852, 1200 del Código Español, 823, 824 y 825 del Código Argentino, 393, 394 y 395 del Código Alemán, 125 del Código Suizo, 1015 y 1017 del Código del Brasil, 2192 del Código Mejicano, 369 del Código Boliviano, 1293 del Código Dominicano, 1721 del Código de Colombia, 331 del Código Libanés, 1246 del Código Civil Italiano y 853 del Código Portugués, entre otras legislaciones.

La primera prohibición se refiere a la compensación en la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado. Ella contiene un evidente principio de justicia. Además, se protegen los bienes entregados en depósito o en comodato, porque los principios éticos de cautela al depositante o comodante —en los que las obligaciones son de honor— así lo exigen. La prohibición también opera respecto a los créditos declarados inembargables, que incluyen las pensiones alimentarias, consideradas como no compensables por el artículo 1295, inciso 2), del Código de 1936. Los créditos inembargables no están comprendidos en la prenda común de los acreedores y, por consiguiente, no pueden utilizarse para su pago; al ser la compensación un doble pago abreviado, es lógico que ella se descarte respecto a tales créditos. Se prohíbe la compensación, en fin, respecto de los créditos entre particulares y el Estado —salvo en los casos permitidos por la ley—, por la necesidad de asegurar los recursos para el funcionamiento de los servicios públicos a su cargo.

“Artículo 1291.— El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor”.

El artículo 1291 es de texto similar a los artículos 1297 del Código de 1936 y 1294 del Código Francés; a la segunda parte del artículo 2259 del Código Civil de 1852; a los artículos 1197 del Código Español y 770, inciso 2), del Código Alemán; a la primera parte del artículo 2199 del Código Mexicano; 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.

El principio es inobjetable y se apoya en razones de equidad evidentes: el garante también puede oponer la compensación. Se comprende en ese concepto no sólo al fiador, sino a todo aquél que de algún modo hubiera garantizado la obligación, incluidos los otorgantes de prenda o hipoteca a los que alude el segundo párrafo del artículo 1247 del Código Italiano.

“Artículo 1292.— El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente”.

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 Méjico, 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 2989 del Proyecto de 1891. Si el deudor consiente en que el acreedor ceda su crédito, no podrá oponer al cesionario la compensación que hubiese podido oponer al cedente. Obsérvese que la compensación queda descartada sólo si existe aceptación por el deudor.

“Artículo 1293.— Cuando una persona tuviera respecto de otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cual la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 1259”.

“Artículo 1294.— La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre cualquiera de los créditos”.

Los artículos 1293 y 1294, por último, son preceptos novedosos respecto al Código Civil de 1936.

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 ésta 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 de Brasil, 1706 del Código Ecuatoriano, 1663 del Código Chileno, 1339 del Código Venezolano, 372 del Código Boliviano, 2196 del Código Mejicano, 1722 del Código Colombiano, 1249 del Código de Italia, 855 del Código Portugués, 2987 del Proyecto de 1891, 882 del Proyecto Ossorio y 650 del Proyecto Sánchez de Bustamante.

El artículo 1294, por su parte, 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*. El precepto 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 del Brasil, 2205 del Código Mejicano, 1720 del Código de Colombia, 1250 del Código Italiano, 223 del Proyecto Franco-Italiano y 317 del Anteproyecto Brasileño.

Una observación final antes de concluir con la materia. El Código no contempla en forma expresa reglas similares a las consignadas por otras normas tales como los artículos 391 del Código Alemán, 2261 del Código de 1852, 1022 del Código del Brasil, 2204 del Código Mejicano, 1723 del Código de Colombia y 852 del Código Portugués, relativas a las deudas pagaderas en diferente lugar y que puedan ser objeto de compensación. Los preceptos citados se refieren a los costos de las remesas, gastos de transporte o gastos de cambio del lugar del pago. Tales normas son innecesarias, porque tanto el lugar del pago como los gastos que éste acarree, han sido explícitamente contemplados por los artículos 1238, 1239 y 1241 del Código. Estos preceptos se aplicarán, sin duda, a los casos de compensación.

TITULO V

Condonación

Entre los artículos 1295 y 1299, el Código trata de la condonación o remisión. No incorpora novedades significativas en relación al Código Civil de 1936.

“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”.

El artículo 1295 se inspira en el artículo 1298 del Código de 1936, de texto similar al artículo 1244 del Código Civil de 1852. Este precepto introduce, sin embargo, dos nuevos conceptos de singular importancia. La condonación, en primer término, no perjudica el derecho de terceros. En segundo término, ella requiere ser aceptada por el deudor: la extinción de la obligación sólo opera a mérito del acuerdo entre el acreedor y el deudor.

El último principio enunciado es esencial. A nadie puede imponérsele una liberalidad; así está concebida la ley civil peruana. 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, en las condiciones y plazos señalados por los artículos 672 a 680 del nuevo Código.

No sería razonable, por tanto, atribuir a una liberalidad, esto es, a la remisión, los efectos jurídicos de extinguir la obligación si no se cuenta con

el consentimiento del obligado, es decir, de aquél a cuyo favor operó, pues nadie puede ser constreñido a aceptar un acto de beneficencia.

El requisito del consentimiento del obligado, aunque formulado en otros términos, es similar al concebido por los artículos 397 del Código Civil Alemán, 338 del Código Libanés, 1236 del Código Italiano y 863 del Código Portugués.

No obstante que es innecesario que se mencione en la norma, la condonación está sujeta a las contingencias sustanciales de los actos de liberalidad, tales como la colación y la inoficiosidad, en la misma medida en que, desde el punto de vista adjetivo, no requiere formalidad alguna.

Se ha omitido un precepto igual al artículo 1299 del Código de 1936, pues éste ya quedó consignado en los artículos 1179 y 1181 del nuevo Código —que tratan de las obligaciones indivisibles— y en los artículos 1188 y 1189 —que regulan las obligaciones solidarias—.

“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”.

El artículo 1296 es de texto similar, en su primer párrafo, al artículo 1300 del Código de 1936. Se ha cuidado de agregar, sin embargo, un segundo párrafo —con origen en el artículo 1799 del mismo Código— que prescribe que la liberación consentida por el acreedor a uno de los garantes, sin asentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del garante a cuyo favor se realizó. Es oportuno advertir que el precepto se refiere a los garantes, y no tan sólo a los fiadores, debido a que se desea otorgar la mayor amplitud al principio. El Código acoge reglas de los artículos 1287 del Código Francés, 2245, 2246 y 2247 del Código Civil de 1852, 880 y 882 del Código Argentino, 1287 del Código Dominicano y 1329 del Código Venezolano.

“Artículo 1297.— Hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquélla, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado”.

“Artículo 1298.— La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario”.

“Artículo 1299.— La devolución voluntaria de la prenda determina la condonación de la misma, pero no la de la deuda”.

Los artículos 1297, 1298 y 1299 reproducen conceptualmente los artículos 1301, 1303 y 1302, respectivamente, del Código de 1936. Sus normas son claras.

Cuando el acreedor entrega al deudor, voluntariamente, el documento original en que consta la obligación y éste no prueba haberla pagado, se presume que el acreedor está condonando la deuda. Este principio informa al artículo 1297, cuyos antecedentes mediatos están constituidos por los artículos 1282 y 1283 del Código Francés; 1188 del Código Español; 877 del Código Argentino; 89, inciso 3), del Código Suizo; 1053 del Código del Brasil; 1282 y 1283 del Código Dominicano; 1326 del Código Uruguayo y 2965 del Proyecto de 1891.

El artículo 1298, similar a los artículos 887 del Código Argentino; 1253, inciso 2), del Código Alemán y 2967 del Proyecto de 1891, señala que la prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario.

Por último, la misma regla que informa el artículo 1297 da origen al artículo 1299, que no sólo se inspira en el precepto citado del Código de 1936, sino en los artículos 1286 del Código Francés, 2248 del Código Civil de 1852, 1280 del Código Italiano de 1865, 1191 del Código Español, 886 del Código Argentino, 1253 del Código Alemán, 1054 del Código del Brasil, 2212 del Código Mejicano, 1286 del Código Dominicano, 1522 del Código Uruguayo, 1327 del Código Venezolano, 867 del Código Portugués, 2968 del Proyecto de 1891, 211 del Proyecto Franco-Italiano y 319 del Anteproyecto Brasileño. Este artículo se refiere a la devolución voluntaria de la prenda; en estos casos se condona el derecho accesorio de prenda, mas no la obligación principal.

TITULO VI

Consolidación

El Código dedica a la consolidación o confusión tan sólo dos artículos: el 1300 y 1301. En páginas anteriores, al tratar de la consolidación o confusión en las obligaciones indivisibles y en las obligaciones solidarias, se ha analizado la naturaleza jurídica de la institución.

Cuando se reúnen en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y de deudor, la obligación se extingue, pues nadie puede ser acreedor o deudor de sí mismo. Al faltar uno de los sujetos de la relación obligacional, ésta no puede subsistir.

“Artículo 1300.— La consolidación puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de ella”.

Es frecuente, sin embargo, que este medio de extinguir la obligación opere tan sólo en forma parcial y que deje subsistente parte de la deuda; esto suele ocurrir en las sucesiones *mortis causa*. A ello obedece el texto del artículo 1300, que se refiere a la consolidación total o parcial. En el primer caso, se extinguirá el íntegro de la obligación; en el segundo, sólo hasta donde alcance la consolidación o confusión. El precepto reproduce el artículo 1305 del Código de 1936, que se inspira en los artículos 864 del Código Argentino, 1050 del Código del Brasil, 1546 del Código Uruguayo y 2976 del Proyecto de 1891.

“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”.

El artículo 1301, por su parte, señala un principio similar al consagrado por el artículo 1306 del Código de 1936, cuya fuente se encuentra en los artículos 867 del Código Argentino; 118, inciso 2), del Código Suizo; 1052 del Código de Brasil; 1548 del Código Uruguayo; 2981 del Proyecto de 1891 y 877 del Anteproyecto Ossorio. Si la consolidación cesa, se restablece la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona. Son los casos, por ejemplo, del testamento que generó derechos y que luego fue declarado nulo, del heredero declarado indigno para suceder o de quien renuncia a la herencia. En estas hipótesis la obligación renace con todos sus accesorios, sin perjuicio del derecho de terceros.

Conviene aclarar que el Código no reproduce el artículo 1304 del Código de 1936, porque el principio ya está incorporado en el artículo 1191, relativo a las obligaciones solidarias. Por su parte, los artículos 1178 y 1179, referentes a las obligaciones indivisibles, solucionan, en las obligaciones de esta clase, los casos de consolidación o confusión.

TITULO VII

Transacción

La penúltima forma de extinguir las obligaciones prevista por el Código, la transacción, está regida por los artículos 1302 a 1312.

El Código ha optado, al igual que el legislador de 1936, por regular la institución como una modalidad más de extinción de las obligaciones, a diferencia de otros Códigos, como el Peruano de 1852, el Alemán, el Mejicano y el Colombiano, que la consignan en el libro relativo a los Contratos. Como explican los autores del Proyecto del Código Civil de 1936— inspirados en la legislación brasileña—, si por la transacción se extinguen obligaciones dudosas o litigiosas, debe admitirse que más que un contrato es un modo de extinguir obligaciones.

Los preceptos del nuevo Código tienen su antecedente inmediato en las normas del Código de 1936.

“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”.

El primer párrafo del artículo 1302 encuentra su origen en el artículo 1307 del Código de 1936, pero agrega un concepto esencial para que exista transacción, esto es, las concesiones recíprocas que deben hacerse las partes; a diferencia de la doctrina de *Domat*, quien sostenía que era posible transigir sin necesidad de que existieran tales concesiones.

Cabe advertir que no es necesario, desde luego, que las concesiones sean de valor igual o equivalente. También debe observarse que el concepto de “dudoso” es subjetivo, pues está vinculado a las partes que le otorgan tal calificación o a razones que a ellas conciernan para evitar un proceso judicial. El concepto de “litigioso” es más claro: la discrepancia ya se estaría ventilando ante los tribunales. Si el asunto no fuese dudoso o litigioso y las partes no se otorgaran concesiones recíprocas, podrían intervenir otras formas de extinción de las obligaciones, tales como el pago o la condonación, pero no la transacción.

El primer párrafo del artículo 1302 tiene su origen en los artículos 2044 del Código Francés, 1702 del Código de 1852, 1809 del Código Español, 332 del Código Argentino, 1025 del Código del Brasil, 2044 del Código Dominicano y 2944 del Código Mejicano.

El segundo párrafo del mismo artículo 1302 comentado —que encuentra su origen en el segundo párrafo del artículo 1965 del Código Italiano— aclara que las concesiones recíprocas no tienen porqué circunscribirse al asunto dudoso o litigioso objeto de la transacción; ellas también pueden crear, regular o extinguir derechos ajenos a los controvertidos.

El tercer párrafo del artículo 1302 declara que la transacción produce los efectos de la cosa juzgada. Esta regla, que no consignó el Código de 1936, fue incluida por la Comisión Revisora y tiene como antecedentes inmediatos los artículos 1728 del Código de 1852, 850 del Código Argentino, 949 del Código Boliviano, 2483 del Código Colombiano, 2460 del Código Chileno, 2052 del Código Dominicano, 2386 del Código Ecuatoriano, 1816 del Código Español, 2052 del Código Francés, 2953 del Código Mejicano y 1718 del Código Venezolano.

El eminente jurista argentino *Dalmacio Vélez Sarsfield*, autor del Código Civil Argentino, en su nota al artículo 850 de dicho cuerpo legal —que ha inspirado el tercer párrafo del artículo 1302—, escribe lo siguiente: “El principio que se halla en todos los Códigos de que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, es por la razón de que el objeto de

la transacción es establecer derechos que eran dudosos, o acabar pleitos presentes o futuros, y se juzga que las mismas partes hubiesen pronunciado sentencia sobre esos pleitos o derechos dudosos. De este antecedente se originan consecuencias importantes (. . .) sin embargo, debe decirse que las transacciones difieren de las sentencias en que ellas en sus cláusulas forman un todo indivisible y no pueden ser anuladas en parte mientras que las sentencias que hubiesen decidido muchos puntos litigiosos, son susceptibles de ser reformadas en algunos de estos puntos y confirmadas o llevadas a efecto en cuanto a los otros. Se ha observado también con razón, que no había una perfecta analogía entre la autoridad de las transacciones y la autoridad de las sentencias. Las transacciones tienen muchas veces más fuerza que las sentencias y en otras menos, pues que ellas no pueden ser atacadas por los mismos medios que las sentencias, y por otra parte, están sujetas a causas de nulidad por las cuales las sentencias pasadas en cosa juzgada no pueden ser atacadas”.

“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”.

El artículo 1303 reproduce el artículo 1309 del Código Civil de 1936 —similar al artículo 1704, inciso 3), del Código Civil de 1852 y al artículo 3018, inciso 3), del Proyecto de 1891—, pero omite lo superfluo de la norma, esto es, prescribir que la transacción debe contener las circunstancias del convenio. Esto es obvio. La transacción es un acto jurídico destinado a extinguir obligaciones dudosas o litigiosas; es imperativo, por ello, sin necesidad de que así lo exprese la ley, que tal acto contenga, al igual que todos los demás actos jurídicos, las circunstancias del convenio.

“Artículo 1304.— La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce el litigio”.

No se percibe razón alguna para que el legislador exija que la transacción se formalice por escritura pública; ni *ad solemnitatem* ni *ad probationem*. La forma de la escritura pública ha sido descartada por otras normas, tales como los artículos 2044, inciso 2), del Código Francés; 1703 del Código de 1852; 1028 del Código del Brasil y 2945 del Código de Méjico. La escritura pública puede resultar difícil de otorgarse en algunos lugares del país y muy costosa en otros casos, por ejemplo, cuando se trate de asuntos de poca cuantía no sometidos a litigio. Por ello, el artículo 1304 del Código sólo prescribe —modificando la primera parte del artículo 1308 del Código de 1936— que la transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad.

dad; y agrega en la segunda parte, que si hubiera litigio, podrá formalizarse por petición al juez que conoce el mismo. En estos casos, o bien se presenta el convenio escrito de transacción, o bien tal convenio se consigna en el recurso correspondiente.

“Artículo 1305.— Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción”.

El artículo 1305 del Código es de texto similar al artículo 1315 del Código de 1936, cuyo origen se encuentra en los artículos 1708 y 1720 del Código de 1852, en el artículo 846 del Código Argentino y en el artículo 1035 del Código del Brasil. Su sentido es claro. Sólo los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción. Los derechos extrapatrimoniales son inalienables y, por tanto, no pueden ser objeto de enajenación; ellos están fuera del comercio de los hombres.

“Artículo 1306.— Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito”.

El artículo 1306 tiene idéntico tenor que el artículo 1310 del Código Civil de 1936. Su origen está en los artículos 2046 del Código Francés, 1709 del Código de 1852, 1813 del Código Español, 842 del Código Argentino, 1033 del Código del Brasil, 2947 del Código Mejicano, 2153 del Código Uruguayo, 2046 del Código Dominicano, 2375 del Código Ecuatoriano, 2449 del Código Chileno, 2472 del Código de Colombia, 3022 del Proyecto de 1891 y 1357 del Anteproyecto Ossorio. Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que deriva de hechos delictuosos. El precepto está destinado, básicamente, a señalar que la acción penal, que concierne al orden público, no es susceptible de transacción.

“Artículo 1307.— Los representantes de ausentes o incapaces, pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oír al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente”.

El artículo 1307 establece los requisitos para que los representantes de ausentes o incapaces puedan transigir.

Este precepto simplifica los trámites exigidos por el artículo 1312 del Código de 1936 que se inspira en los artículos 2045, inciso 2), del Código Francés; 1716 del Código de 1852; 1810 del Código Español; 1822, inciso 12), del Código Alemán; 2045, inciso 2), del Código Dominicano; 2946 del Código de Méjico y 3027 y 3028 del Proyecto de 1891.

La intervención del Poder Judicial y del Ministerio Público constituye garantía suficiente para cautelar, en la transacción, los derechos de los ausentes o incapaces. El juez, para otorgar autorización, podrá exigir todos los elementos probatorios requeridos y, cuando exista consejo de familia, oírlo si lo estima conveniente.

“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”.

“Artículo 1309.— Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida”.

Los artículos 1308 y 1309 sustituyen la regla prevista por el artículo 1314 del Código Civil de 1936, que acoge erróneamente las fórmulas contenidas en los artículos 2054 y 2055 del Código Napoleónico. El Código de 1936 declara que es anulable la transacción si se celebró en virtud de documento nulo o falso y no fue considerada la nulidad o falsedad. La palabra “título”, usada por el legislador francés como sinónimo de acto jurídico, fue transcrita como “documento” por el Código de 1936.

El sentido del precepto debe ser distinto. 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.

Sin embargo, si la cuestión dudosa o litigiosa es acerca de la nulidad o anulabilidad de determinado acto jurídico, y las partes así lo manifiestan expresamente al tiempo de transigir, se permite que ella sea válida. De no adoptarse este criterio, sería imposible transigir respecto a actos jurídicos cuya nulidad o validez se discute.

La solución propuesta en los artículos 1308 y 1309, por lo demás, es similar a la prevista por el artículo 1286 del Código, relativa a la novación, pero con la peculiaridad, debido a la naturaleza de la figura jurídica, analizada, de permitirse transigir válidamente respecto al acto jurídico sobre el que exista controversia acerca de su nulidad o anulabilidad. Se obvia, en este último caso, la necesidad de confirmar dicho acto.

“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”.

El artículo 1310 reproduce el artículo 1316 del Código Civil de 1936 que se inspiró en los artículos 834 del Código Argentino, 2158 del Código Uruguayo y 1026 del Código del Brasil, pero admite el pacto en contrario. Dicho precepto constituye una excepción al artículo 224 del nuevo Código, plenamente justificada. La transacción resuelve un asunto dudoso o litigioso, mediante concesiones recíprocas. La nulidad de alguna de sus estipulaciones, salvo pacto en contrario, debe acarrear la de las demás. Se agrega, sin embargo, el principio contenido en la parte final del artículo 1287 del Código, por las razones ya expresadas al comentar esta norma. En los casos previstos por el artículo 1310 —al igual que en los previstos por el artículo 1287— no subsistirán las garantías prestadas por terceros en la obligación dudosa o litigiosa que se transigió. Sólo se restablecerán las garantías otorgadas por las partes, sin perjuicio de los derechos de terceros.

“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”.

El artículo 1311 fue trasladado, por la Comisión Revisora, al título relativo a la transacción, al considerarse que la ubicación que tenía en el Código de 1936 —artículo 1774— así como en el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil —artículo 2006—, no era adecuada.

Nada impide que las partes se sirvan de la suerte para decidir cuestiones. En ese supuesto, tal acto producirá los efectos de una transacción y se someterá a las normas contenidas en el título dedicado a ella.

“Artículo 1312.— La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva”.

El artículo 1312 se incluyó también a propuesta de la Comisión Revisora. La norma resuelve una cuestión de evidente valor práctico, que la jurisprudencia no había definido cabalmente. La transacción judicial se ejecuta

como una sentencia por lo que son de aplicación en ese caso las normas del Código de Procedimientos Civiles sobre la materia; la transacción extrajudicial se ejecuta, en cambio, en la vía ejecutiva.

Una observación final. El Código no reproduce el artículo 1313 del Código de 1936, que se inspiró en el artículo 1719 del Código Civil de 1852. Por consiguiente, pueden constituir prestaciones de la transacción entre depositante y depositario, los bienes entregados en depósito, sus frutos o rentas. Nada se opone a ello.

TITULO VIII

Mutuo disenso

La última forma de extinción de las obligaciones prevista por el Código de 1984, al igual que por el Código de 1936, es el 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”.

El artículo 1313 se sustenta en lo preceptuado por el artículo 1317 del Código de 1936, cuyo origen, a su vez, se encuentra en los artículos 2272 y 2273 del Código Civil de 1852 y en el artículo 3043 del proyecto de 1891.

El mutuo disenso no es un modo genérico de extinción de las obligaciones; es, simplemente, el convenio entre las partes para revocar de común acuerdo uno adoptado anteriormente, y extinguir en esta forma la prestación o prestaciones correspondientes. El mutuo disenso no es otra cosa que un consentimiento contrario al que antes se prestó, en virtud del cual las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo dejan sin efecto. Así lo señala la primera parte del artículo 1313 del Código.

El mutuo disenso debe efectuarse en la forma prescrita para el acto originalmente celebrado. Así se deriva de una interpretación extensiva de lo dispuesto por el artículo 1413 del Código Civil, según el cual “las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato”.

Por otro lado, la importancia práctica de la segunda parte del artículo 1313 del Código radica en que el mutuo disenso se considera como no producido cuando perjudica derechos de terceros. La seguridad de los actos jurídicos justifica, sin duda, esta solución. El mutuo disenso es *res inter alios acta* entre las partes que lo celebran y, por tanto, no debe afectar a terceros.

TITULO IX

Inejecución de obligaciones

El Libro VI del nuevo Código Civil concluye con los artículos relativos a la inejecución de las obligaciones, contenidos en el Título IX de la Sección Segunda. Dicho Título se encuentra dividido en tres capítulos: el primero trata de las disposiciones generales sobre la inejecución de las obligaciones; el segundo sobre la mora, tanto del deudor como del acreedor; y el tercero, de las obligaciones con cláusula penal.

El nuevo Código Civil introduce en el Libro VI un cambio importante respecto a la sistemática del Código Civil de 1936. Tanto las normas sobre la mora —consignadas por este Código entre las disposiciones del pago—, como las obligaciones con cláusula penal —legisladas como una de las modalidades de las obligaciones—, se trasladan al título referente a la inejecución de las obligaciones, dado que las reglas sobre ambas instituciones operan únicamente en los casos de inejecución o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación.

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales

Por ser más explícita, se ha adoptado aquí una técnica distinta a la que informa los demás preceptos del Derecho de Obligaciones. Aunque algunos de sus principios se sustentan básicamente en el Código Civil de 1936, el nuevo Código define, por considerarse indispensable, ciertos conceptos relativos a la inejecución de las obligaciones.

Las definiciones en este caso están justificadas, pues, cuando surja una controversia, se apelará a las normas sobre inexecución de las obligaciones y, para solucionar el conflicto entre las partes, será preciso que ellas estén expuestas con nitidez y claridad.

Queda entendido, desde luego, que el Código legisla situaciones jurídicas distintas de las provenientes de la responsabilidad extracontractual o delictual o, para usar la terminología del Código de 1936, del acto ilícito.

Al margen de ese concepto, que no obstante ser de lenguaje común conviene reiterar, 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—; define el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve; señala la responsabilidad que se atribuye al obligado en cada uno de estos eventos; regula el daño moral; rige la inexecución de las obligaciones de dar sumas de dinero; se refiere a los hechos dolosos o culposos de los terceros de quienes se valga el deudor para cumplir la obligación, así como a los hechos dolosos o culposos del acreedor; se pronuncia sobre la validez o nulidad de las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad; y, en fin, atribuye expresamente la carga probatoria ante la inexecución de una obligación.

Con el propósito de otorgar la mayor precisión a los conceptos jurídicos que regula, el Libro VI dedica a las disposiciones generales sobre inexecución de las obligaciones diecinueve artículos; a diferencia del Código Civil de 1936 que legisla la materia en diez preceptos.

Las cuatro primeras normas del Código, vale decir, los artículos 1314 a 1317, rigen los casos de inexecución de la obligación y de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables al obligado. Estas reglas son de singular importancia.

“Artículo 1314.— Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

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”.

El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cum-

plimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación

El artículo 1315, precepto novedoso en la legislación peruana, define los casos fortuitos o de fuerza mayor como causas no imputables, atribuyéndoles las características de eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. La norma tiene su origen en los artículos 1148 del Código Francés, 514 del Código Argentino, 1148 del Código Dominicano y 1059 del Código Brasileño.

Los casos fortuitos o de fuerza mayor tienen iguales características. Teóricamente, sin embargo, cabe hacer una distinción. Así, se considera que el caso fortuito alude sólo a los accidentes naturales —lo que en el Derecho Anglo-Sajón se denomina "*Act of God* (hecho de Dios)—; en cambio, la fuerza mayor involucra tanto los actos de terceros como los atribuibles a la autoridad—denominados en el Derecho Anglo-Sajón "*Act of Prince*" (hecho del Príncipe)—.

Como ya se ha expresado, ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor y, desde luego, independientes de su voluntad. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables.

Con el fin de evitar posibles confusiones, conviene precisar términos. Acontecimiento extraordinario es todo aquél que sale de lo común, que no es usual. La previsión, por su parte, debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación; a diferencia de la resistibilidad, que se presenta al momento de cumplirla. Si el acontecimiento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto jurídico sería nulo, porque tendría objeto imposible.

El requisito de la previsión se exige cuando el deudor no previó lo que debía, o cuando, habiendo previsto el acontecimiento, se obliga a algo que presumiblemente iba a ser imposible. En ambos casos el acontecimiento es imputable al deudor, pues equivale a un hecho suyo.

Pero la previsibilidad no debe apreciarse en abstracto, porque si así lo hiciéramos prácticamente todo acontecimiento sería previsible; y no existiría, por tanto, el caso fortuito o de fuerza mayor. El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configuran el caso fortuito o de fuerza mayor.

El requisito de la irresistibilidad, por último, supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor; la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria.

En conclusión, las características de extraordinario, imprevisible e irresistible constituyen simples derroteros para el juez; su facultad de apreciación, en esta materia, es muy amplia, y comprenderá el examen de todas las circunstancias del caso analizado. Lo que en ciertas oportunidades es caso fortuito o de fuerza mayor, en otras no lo es.

Pero lo expresado no significa que todos los acontecimientos que se presenten sin culpa configuren casos fortuitos o de fuerza mayor. Usualmente el deudor tan sólo debe probar que ha actuado con la diligencia requerida, vale decir, sin culpa, para quedar exonerado de responsabilidad. Generalmente el deudor no precisa demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor. Así lo señala el artículo 1314 del Código, que exige —como causa no imputable— la prueba de la diligencia ordinaria requerida.

La excepción se configura cuando la ley o el pacto establecen en forma expresa lo contrario, es decir, cuando exigen para la exoneración del deudor que el acontecimiento obedezca a un caso fortuito o de fuerza mayor. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso previsto por el artículo 1518 del Código Civil de 1936, que atribuye responsabilidad al arrendatario por el incendio que afecte al bien objeto de la locación-conducción, a no ser que provenga de caso fortuito o de fuerza mayor. En este caso el arrendatario no podría

exonerarse de responsabilidad probando que actuó diligentemente, es decir, sin culpa. Tendría que demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor.

Los *Mazeaud*, al distinguir entre el caso fortuito o de fuerza mayor y la ausencia de culpa, expresan que "para saber si existe ausencia de culpa, hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría comportado como el demandado. Para saber si existe fuerza mayor, hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría encontrado en la imposibilidad de obrar de manera distinta que el demandado. Así, cabe no haber incurrido en culpa alguna sin que exista fuerza mayor".

Esta doctrina ya había sido enunciada por tratadistas tan distinguidos como *Giorgi y Josserand*. Dice *Giorgi* que "no en todas las obligaciones contractuales el deudor está sujeto a esta prueba (la del caso fortuito o fuerza mayor) para librarse, sino solamente es necesaria en los casos en que la ley no admite otra excusa más que el caso fortuito o fuerza mayor. En los demás puede librarse probando simplemente haber usado el grado de diligencia exigido en el contrato, esto es, diciendo hallarse exento de una culpa de la que debía responder".

Messineo, comentando el Código Civil Italiano de 1942, se refiere al caso fortuito o fuerza mayor con significado diverso del de causa no imputable.

La causa no imputable —afirma *Messineo*— debe concebirse en sentido negativo, esto es, como la circunstancia genérica impeditiva cuya paternidad no puede hacerse remontar a la voluntad o conciencia del deudor y cuya presencia basta para exonerarlo; el caso fortuito o de fuerza mayor es un hecho positivo que en determinadas circunstancias se exige para la exoneración. La regla general para exonerarse —agrega— 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 debida 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.

El principio general, en conclusión, es que el deudor sólo debe demostrar su conducta diligente para quedar exonerado de responsabilidad, salvo que la ley o el pacto exijan la presencia del caso fortuito o de fuerza mayor. En esta última hipótesis habrá que identificar el acontecimiento que impidió que se cumpliera la obligación, y probar sus características de extraordinario, imprevisible e irresistible.

“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 inexecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere”.

El artículo 1316, primer párrafo, del Código acoge básicamente la doctrina del artículo 1318 del Código Civil de 1936, pero sustituye, sin embargo, el concepto de imposibilidad de la prestación sin culpa del deudor, por el de inexecución por causa no imputable al deudor.

Agrega el segundo párrafo del precepto comentado, que si la causa que impide la ejecución de la prestación es temporal, el deudor, mientras la misma perdura, no es responsable por el retardo en el cumplimiento. Y añade luego, que la obligación se extingue si la causa que impide la ejecución perdura hasta el momento en que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza de la propia prestación, el deudor no puede ya ser considerado obligado a ejecutarla, el acreedor ya no tiene interés en su cumplimiento, o este cumplimiento deja de serle útil.

En consecuencia, la imposibilidad temporal, por causa no imputable al obligado, no irroga responsabilidad por el retardo en el cumplimiento de la obligación. La obligación, por lo demás, se extingue también, sin responsabilidad para el obligado, cuando el retardo es de tal naturaleza que el deudor no puede ya ser considerado obligado a cumplirla, el acreedor pierde interés en ella o ésta se torna inútil.

Concluye el precepto señalando que la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente se extingue, si ella no es útil para el acreedor o si éste no tiene justificado interés en su ejecución parcial. La norma agrega que, en caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla, con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

El primer párrafo del artículo 1316 comentado, tiene su origen, como se ha señalado, en el artículo 1318 del Código Civil de 1936, y además, en los artículos 1302 del Código Civil Francés; 888 del Código Argentino; 1182 y 1184 del Código Español; 275, primer párrafo, del Código Alemán; 1182 y 1184 del Código Cubano; 267, primer párrafo, del Código Polaco de las Obligaciones; 2274, primer párrafo, del Código Civil Peruano de 1852; 119, primer párrafo, del Código Suizo de las Obligaciones; 379 del Código Boliviano; 1670 del Código Chileno; 1713 del Código Ecuatoriano; 1344, primer párrafo, del Código Venezolano; 1729 del Código Colombiano; 1549 del Código Uruguayo; 1302 del Código Dominicano; 341 del Código Libanés, 1256, primer párrafo, del Código Civil Italiano; y 790, primer párrafo, del Código Portugués.

Por su parte, el segundo párrafo del mismo artículo 1316 encuentra su fuente en el artículo 380 del Código Boliviano; en el artículo 1256, segundo párrafo, del Código Italiano y en el artículo 792 del Código Portugués.

Por último, el tercer párrafo del artículo 1316 se inspira en los artículos 382 del Código Boliviano, 337 del Código Helénico, 1258 del Código Italiano y 793 y 802 del Código Portugués.

Cabe agregar como comentario final al artículo 1316 del Código, que las hipótesis a las que él se refiere son las de una imposibilidad sobrevenida, que se produce después de formada la relación jurídica. Esta imposibilidad no se origina, desde luego, por dolo o por culpa del obligado; ella obedece a una causa no imputable que emerge después de la formación del vínculo obligatorio. Por ello, en estos casos el obligado es inimputable.

“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”.

El artículo 1317 establece que el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación. El precepto se inspira en los artículos 1147 del Código Francés; 1105 del Código Español; 889 del Código Argentino; 1604, cuarto párrafo, y 1732 del Código Colombiano; 1105 del Código Cubano; 1058 del Código Brasileño; 225, primer párrafo, del Código Chino; 2111 del Código Mejicano; 267 del Código Polaco; 1147 del Código Dominicano; 254 del Código Libanés y 336 del Código Helénico. La norma también tiene origen en el artículo 1319 del Código Civil Peruano de 1936.

Ella prevé que el obligado, como regla general, no responde de los daños y perjuicios derivados de la inejecución por causas no imputables, salvo que así lo establezca expresamente la ley o el pacto entre las partes. Es posible, en efecto, que la norma legal atribuya responsabilidad al obligado, aun cuando la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedezca a causas no imputables. También es posible que tal responsabilidad se atribuya por pacto. La estipulación —de ascendencia romana— se sustenta en el principio de la libertad de las convenciones, ya que no compromete el orden público. En estos casos el deudor desempeña, en cierta forma, el papel de asegurador, pues libera al acreedor de los riesgos. Los contratantes, en consecuencia, están en aptitud de convenir válidamente que el deudor responderá de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, aun cuando ésta tenga su origen en una causa no imputable. Por tratarse de una regla excepcional, ella debe constar, en forma indubitable, en el contrato.

Los artículos 1318 a 1327 del Código prevén, justamente, hipótesis opuestas a las regidas por los artículos 1314 a 1317.

La situación, en efecto, es totalmente distinta cuando el deudor incumple la obligación por dolo o por culpa, pues en estos casos responde de la indemnización de daños y perjuicios.

“Artículo 1318.— Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación”.

El artículo 1318 define el dolo. Se entiende por dolo la intención de no cumplir, aunque al proceder así el deudor no desee causar un daño. El dolo existe cuando el deudor tiene la voluntad de no cumplir su obligación, ya sea con el propósito de causar un daño al acreedor o no. Y esta característica, justamente, hace al dolo diferente de la culpa, sea que se trate de culpa inexcusable o de culpa leve.

El dolo se manifiesta como una acción u omisión. La primera forma es propia de las obligaciones de no hacer y la segunda se aplica, generalmente, a las obligaciones de dar y de hacer.

La característica predominante del dolo, como se ha expresado, es la intención de no cumplir. La intención, sin embargo, es un elemento subjetivo, difícil muchas veces de precisar. Puede darse el caso, por ejemplo, de que exista negligencia con una dosis de intención. Por ello, como luego veremos, el Código señala igual responsabilidad para los casos en que el sujeto proceda con dolo o con culpa inexcusable.

“Artículo 1319.— Incurrir en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”.

El artículo 1319 se refiere a la culpa inexcusable. Su origen se encuentra en los artículos 1266 del Código Civil de 1852; 276, primer párrafo, del Código Civil Alemán; 29, primer párrafo, del Código Ecuatoriano; 44, primer párrafo, del Código Chileno; 63, segundo párrafo, del Código Colombiano; así como en el artículo 130, primer párrafo, del Proyecto de Código Peruano de 1891. La norma prescribe que incurre en culpa inexcusable quien actúa con negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones. Esta es justamente la negligencia que linda con el dolo; por la gravedad que ella reviste y, al ser los límites entre el dolo y la culpa inexcusable con frecuencia borrosos, se atribuyen, según se ha indicado, iguales consecuencias jurídicas a quien actúe de cualquiera de esas dos maneras.

“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”.

El artículo 1320 se basa fundamentalmente en el artículo 1322 del Código de 1936. El precepto también se inspira en los artículos 1137 del Código Francés; 1266 y 1267 del Código de 1852; 1104, primer párrafo, del Código Español; 512 del Código Argentino; 1137 del Código Dominicano; 1104, primer párrafo, del Código Cubano; 29, segundo párrafo, del Código Ecuatoriano; 44, segundo párrafo, del Código Chileno; 63, primer párrafo, del Código Colombiano; 130, segundo párrafo, del Proyecto de 1891; y 551, primer párrafo, del Proyecto Sánchez de Bustamante.

Cuando el deudor, por falta de diligencia ordinaria, omite ejecutar la prestación prometida, incurre en culpa. El resultado dañoso, no querido por el deudor, obedece a su imprudencia, torpeza o, en general, a su falta de diligencia. Conviene tomar nota de que la regla se refiere claramente a la falta de diligencia ordinaria como constituyente de la denominada culpa leve, pues, en caso de negligencia grave, estaríamos ante un caso de culpa inexcusable.

En la culpa leve, a diferencia del dolo, no hay intención de no cumplir, no hay mala fe de parte del deudor. Y, a diferencia de la culpa inexcusable, no hay negligencia grave, sino tan sólo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción (*culpa in faciendo*) u omisión (*culpa in non faciendo*) no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor o, en general, a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, ya sea que se trate de las personas, del tiempo o del lugar.

El artículo 1320 analizado, relativo a la culpa leve, al igual que el artículo 1319, referente a la culpa inexcusable, están destinados a dar pautas generales o líneas directivas al juez; pero toca a éste, en cada caso, apreciar si la acción u omisión del deudor contraviene la obligación y, si lo hace, decidir si tal contravención, conforme a dichas pautas, obedece a culpa inexcusable o a culpa leve.

Las reglas previstas están plenamente justificadas. En esta materia las situaciones de hecho son siempre distintas y ello origina una singular dificultad para apreciarlas con una idea abstracta y genérica, como —por ejemplo— la del “buen padre de familia” o la del “comerciante honesto y leal”. Lo que debe apreciarse y juzgarse, en definitiva, es la conducta de determinado deudor ante determinado evento, y no el proceder genérico de un miembro de la especie humana.

Es prudente, por ello, que el concepto de culpa no se atenga a princi-

pios rígidos; pero también es necesario que el juez aprecie y decida, para cada caso concreto, si el deudor incurrió en culpa inexcusable, vale decir, si actuó con negligencia grave, o si procedió con culpa leve, esto es, omitiendo tan sólo la diligencia ordinaria debida.

Los artículos 1321 a 1327 se refieren a las consecuencias jurídicas a las que está sometido aquél que incumple la obligación o quien la cumple en forma parcial, tardía o defectuosa, por dolo o por culpa.

“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 inexecución 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 inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

El primer párrafo del artículo 1321 prescribe que queda sujeto a indemnización de daños y perjuicios quien inexecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El precepto encuentra su origen en los artículos 1147 del Código Francés; 1265 del Código Civil de 1852; 1101 del Código Español; 506 del Código Argentino; 275, primer párrafo, del Código Alemán; 99, primer párrafo, del Código Suizo de las Obligaciones; 1056 del Código Brasileño; 226, primer párrafo, del Código Chino; 2107 del Código Mejicano; 239 y 240 del Código Polaco; 1147 del Código Dominicano; 339 del Código Boliviano; 1264, segunda parte, y 1271, segunda parte, del Código Venezolano; 1101 del Código Cubano; 1218 del Código Italiano; 548 del Proyecto Sánchez de Bustamante; y 867, primera parte, del Anteproyecto Ossorio.

El artículo 1321 está vinculado necesariamente al artículo 1320 del Código Civil de 1936, con dos modificaciones importantes respecto a esa norma. El primer párrafo del artículo 1321 del Código omite la palabra “morosidad”, pues la mora supone dolo o culpa. Omite, asimismo, la expresión “el que de cualquier modo contraviniera a ellas”, pues si la obligación

fuera contravenida sin dolo o sin culpa no habría responsabilidad, salvo que la ley o el pacto la atribuyeran.

La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, conforme al segundo párrafo del artículo 1321, el acreedor tiene derecho de exigir el resarcimiento por el daño emergente y el lucro cesante.

Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inexecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, corresponden al daño emergente; las utilidades que deja de percibir, por iguales motivos, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró.

El segundo párrafo del artículo 1321 comentado consigna otro precepto importante: la indemnización debe comprender todos los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, trátense de daños y perjuicios previstos o no previstos.

La regla tiene origen en los artículos 1149 y 1151 del Código Francés, 1265 y 1272 del Código de 1852, 1227 y 1229 del Código Italiano de 1865, 1106 del Código Español, 1272 y 1275 del Código Venezolano, 1106 del Código Cubano, 1599 y 1601 del Código Ecuatoriano, 1556 y 1558 del Código Chileno, 2108 al 2110 del Código Mejicano, 1613, 1614 y 1616 del Código Colombiano, 298 del Código Helénico, 1323 del Código Civil de 1936, 98 y 100 del Proyecto Franco-Italiano, 553 y 554 del Proyecto Sánchez de Bustamante y 870 del Anteproyecto Ossorio.

El tercer párrafo del artículo 1321 establece, sin embargo, una importante restricción para los casos en que el obligado proceda con culpa leve. En estas hipótesis, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que la obligación fue contraída. La sanción, por consiguiente, es menos severa que si la inexecución, o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, se produjera por dolo o por culpa grave del deudor. La regla encuentra su antecedente inmediato en el artículo 1323 del Código Civil de 1936 y sus antecedentes mediatos en los artículos 1150 del Código Francés, 1228 del Código Civil Italiano de 1865, 1107 del Código Español, 519 al 521 del Código Argentino, 249 y 252 del Código Alemán, 1601 del Código Ecuatoriano, 1558 del Código Chileno, 1345 y 1346 del Código

Uruguayo, 1059 y 1060 del Código Brasileño, 213 y 216 del Código Chino, 242 del Código Polaco, 1274 del Código Venezolano, 1107 del Código Cubano, 1616 del Código Colombiano, 1150 del Código Dominicano, 345 del Código Boliviano, 1225 del Código Italiano, 99 del Proyecto Franco-Italiano, 554 del Proyecto Sánchez de Bustamante y 870 del Anteproyecto Ossorio.

“*Artículo 1322.*— El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

El artículo 1322 contiene una regla novedosa y de importancia relevante en la legislación peruana. Ella se refiere al daño moral por inexecución de las obligaciones.

Daño moral es el daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquéllos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral, originan, además, un daño material. Y, en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales *strictu sensu*, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual.

Distinguidos tratadistas argentinos como *Alfredo Colmo* y *Héctor Lafaille* se pronuncian sin restricciones por el resarcimiento del daño moral en la inexecución de las obligaciones.

Dice *Alfredo Colmo*, al referirse al daño moral, “que no puede haber Código con soluciones que pugnan contra el más elemental sentido jurídico. Por encima de textos literales, fuera de preceptos taxativos, está el espíritu de la legislación, está la conciencia jurídica, que valen, cuando son generales y fuertes, como aquí pasa, por todos los artículos imaginables”.

Héctor Lafaille, por su parte, expresa que “el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos”.

Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales, o de daños morales que engendren o no perjuicios económicos.

Aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestre su existencia. En el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor buscar una reparación imperfecta —la entrega de una suma de dinero por concepto de indemnización—, a dejar, simplemente, sin protección alguna un derecho vulnerado.

En suma, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza.

El artículo 1322 comentado encuentra sus antecedentes en los artículos 1382 del Código Francés; 823, primer párrafo, del Código Alemán; 99, tercer párrafo, del Código Suizo de las Obligaciones; 76 del Código Brasileño; 299 del Código Helénico; 181 del Anteproyecto Brasileño; y 870, primer párrafo, del Anteproyecto Ossorio.

“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”.

El artículo 1323 tiene como antecedente el artículo 1819 del Código Civil Italiano. El precepto establece un supuesto adicional a los que prevé el artículo 181 de pérdida por parte del deudor del derecho a utilizar el plazo concedido a su favor. Su propósito no es otro que asegurar que el acreedor vea satisfecho su crédito cuando debiendo efectuarse el pago en cuotas periódicas, el deudor incumple tres cuotas, sucesivas o no. En este caso, la falta de pago dará lugar al vencimiento automático de las demás cuotas, cuya cancelación podrá exigir el acreedor. La norma admite el pacto en contrario.

“Artículo 1324.— Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento”.

El artículo 1324 se refiere a los daños y perjuicios por el incumplimiento en las obligaciones de dar sumas de dinero.

El artículo 1324 tiene origen en los artículos 1153 del Código Francés; 1273 y 1820 del Código Civil de 1852; 1231 del Código Italiano de 1865; 1108, primer párrafo, del Código Español; 622 del Código Argentino; 291 del Código Alemán; 345 del Código Helénico; 1559 del Código Chileno; 248 del Código Polaco; 1108, primer párrafo, del Código Cubano; 1061 y 1064 del Código Brasileño; 104 y 106 del Código Suizo; 1153 del Código Dominicano; 347 del Código Boliviano; 1617, incisos 1) y 2), del Código Colombiano; 2117 del Código Mejicano; 1224 del Código Italiano; 1324 del Código Civil de 1936; 102 del Proyecto Franco-Italiano, 555 del Proyecto Sánchez de Bustamante; 2117 del Proyecto Rojina; 328 del Anteproyecto Brasileño y 867 y 871 del Anteproyecto Ossorio.

La reparación por el incumplimiento en las obligaciones de dar sumas de dinero tiene caracteres singulares. Su monto es fijado por la entidad que la ley señala, vale decir, por el Banco Central de Reserva del Perú, y la compensación, usualmente, está integrada tan sólo por los daños y perjuicios moratorios, esto es, por los intereses de mora fijados por la entidad para resarcir el retraso en el cumplimiento de la obligación. Se emplea la palabra "usualmente", porque la indemnización puede ser superior a la prevista por la autoridad, si hubiera pacto sobre resarcimiento del daño ulterior y el acreedor probara que ha sufrido tal daño, en cuyo caso tendría derecho a una reparación adicional.

La regla general contenida en el artículo 1324 comentado, establece que en las obligaciones de dar sumas de dinero la indemnización está constituida por los intereses legales fijados por 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 superiores, ellos continúan devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

No obstante, si acreedor y deudor estipularon que en caso de incumplimiento podría darse la indemnización del daño ulterior, y el acreedor prueba que, como consecuencia de tal incumplimiento, ha sufrido un daño ulterior, el acreedor tendrá derecho a la indemnización que ese perjuicio adicional le irroge, la misma que tendría el carácter de compensatoria.

La regla prescribe, en conclusión, que el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú debe reparar el incumplimiento, es decir, la

falta oportuna de su entrega, cuando no haya sido previsto contractualmente. Pero agrega que si los intereses pactados antes de la inejecución eran superiores a aquéllos, el acreedor continuará percibiendo los mismos intereses luego del incumplimiento, ésta vez con el carácter de moratorios.

El artículo 1324 admite, en su segunda parte, la excepción a la que se ha hecho referencia: si el acreedor ha pactado el ulterior resarcimiento y prueba que ha sufrido un daño mayor que el compensable tan sólo por los intereses, tendrá derecho a indemnización adicional.

El artículo comentado -1324- desecha la expresión "a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios", que aparece en la parte final del artículo 1324 del Código de 1936. Esta regla no se refería evidentemente ni a los intereses legales ni a los intereses convencionales, pues el citado artículo 1324 del Código de 1936 trata con anterioridad de ellos, y señala su régimen. El Código de 1936 alude, sin duda, a prestaciones distintas a los intereses, que si bien están destinadas a reparar los verdaderos daños y perjuicios que podría sufrir el acreedor por el incumplimiento, también podrían abrir las puertas a la usura, en la medida en que tales prestaciones fueran superiores, en valor, al máximo del interés previsto por la ley, lo cual induciría a hacer indirectamente lo que la ley prohíbe hacer directamente.

A estas consideraciones obedece el texto del artículo 1324 analizado.

"Artículo 1325.— El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario".

El artículo 1325 del Código prescribe que si el deudor, en el cumplimiento de la obligación, se vale de terceros, también responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo estipulación en contrario. Dentro de la complejidad de la vida contractual de nuestros tiempos, es usual que el deudor, para cumplir la obligación, se vea precisado a recurrir al concurso de terceras personas; en estos casos el deudor deberá responder de los hechos de tales terceros.

El artículo 1325 encuentra su origen en los artículos 278 del Código Civil Alemán; 101 Código Suizo; 349 del Código Boliviano; 241 del Código Polaco; 1228 del Código Italiano; 800, primer párrafo, del Código Portugués; 1313 del Código Austríaco; 334 del Código Helénico; 315 del Código de la

República Popular de Polonia; 1818 del Código Etíope y 1209 del Proyecto del Código Checoslovaco.

“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 derivan”.

“Artículo 1327.— El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”.

Finalmente, los artículos 1326 y 1327 se refieren a los hechos dolosos o culposos del acreedor que hubiesen concurrido a ocasionar el daño, y a los perjuicios que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria.

La inexecución de la obligación puede también obedecer a culpa del acreedor: a culpa exclusiva de éste, o a culpa del acreedor concurrente con la del deudor. Es evidente, en el primer caso, el efecto liberatorio y, desde luego, la inimputabilidad del deudor. Este tema no merece mayores comentarios.

El segundo caso puede ser más complejo. Se trata de una cuestión de apreciación que el juez debe evaluar. Si el hecho doloso o culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, la entidad del resarcimiento se reduce en proporción a la gravedad de tal hecho y a las consecuencias que se hayan derivado del mismo. La responsabilidad por la inexecución de la obligación es compartida entre el acreedor y el deudor; se configura una situación intermedia entre el daño inimputable y el daño debido por entero a culpa del deudor. Esto es lo que en doctrina se conoce con el nombre de concurso de culpas, en el cual cada sujeto responde en proporción al grado de su culpa eficiente. Puede considerársele también como ejemplo de lo que en doctrina se llama compensación de culpas, en la cual no se hace referencia, naturalmente, a la compensación en sentido estricto.

Se considera razonable, y así lo establece el artículo 1327 del Código, que el deudor no deba resarcimiento por los daños que el acreedor perjudicado hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria. Se supone que ya ocurrió el incumplimiento; pero se supone, además, que el acreedor, por su parte, se ha abstenido culposamente de hacer algo para evitar el mayor daño. Es evidente que el acreedor no debe agravar, con su propio comportamiento, la situación del deudor que ha incumplido.

El artículo 1326 comentado tiene origen en los artículos 1227, primer párrafo, del Código Italiano; 348, primer párrafo, del Código Boliviano; y 300, primer párrafo, del Código Helénico. El artículo 1327, por su parte, encuentra su origen en el artículo 1227, segundo párrafo, del Código Italiano y en el artículo 348, segundo párrafo, del Código Boliviano.

“Artículo 1328.— Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También en 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”.

El artículo 1328 regula las cláusulas de exoneración o de limitación en la responsabilidad. El precepto tiene numerosos antecedentes, tales como los artículos 1137 del Código Francés; 1269 del Código Civil de 1852; 1102 del Código Español; 507 del Código Argentino; 276, segundo párrafo, del Código Alemán; 100, primer párrafo, del Código Suizo; 217, inciso 2), del Código Egipcio; 350 del Código Boliviano; 332, primer párrafo, del Código Helénico; 314 del Código de la República Popular Húngara; 2106 del Código Mejicano; 1102 del Código Cubano; 1055 del Código de Puerto Rico; 1137 del Código Dominicano; 222 del Código Chino; 1465 del Código Chileno; 1522 del Código Colombiano; 240, segundo párrafo, del Código Polaco; 1229 del Código Italiano; 1508 del Código Ecuatoriano; 1336 del Código de El Salvador; 1419 del Código de Honduras; 800, segundo párrafo, del Código Portugués; 1321 del Código Civil Peruano de 1936; 105 del Proyecto Franco-Italiano; 549 y 550 del Proyecto Sánchez de Bustamante; 2106 del Proyecto Rojina y 868 del Anteproyecto Ossorio.

El artículo 1328 comentado admite que el acreedor pueda renunciar, antes de la época señalada para el cumplimiento de la obligación, a hacer efectiva la responsabilidad en que incurriría el deudor por inejecución bajo culpa leve. La ley, sin embargo, sanciona de nulidad estas cláusulas cuando por ellas se trata de restringir o exonerar de responsabilidad al deudor que incumple la obligación por dolo o por culpa inexcusable. Regla similar adopta el Código al tratar de la responsabilidad extracontractual o delictual (confróntese el artículo 1986).

Conviene aclarar que el problema de la validez o nulidad de estas cláusulas se suscita únicamente cuando ellas se estipulan antes de que se

origene el daño. Nada se opone a que el acreedor, después de producido el daño, renuncie a exigir el pago de la indemnización, ya sea que se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, por dolo, culpa inexcusable o culpa leve del deudor. La renuncia *a posteriori* del acreedor o, en el caso de la responsabilidad delictual, de la víctima o de sus herederos, constituiría una simple condonación o remisión de la deuda.

El artículo 1328 comentado prevé, en su primera parte, la prohibición de excluir o limitar la responsabilidad del deudor o de sus auxiliares por dolo o por culpa inexcusable. Sólo se permite tal exclusión o limitación en el caso de incumplimiento por culpa leve.

En la eventualidad del dolo, es unánime la opinión de que el pacto sería ilícito. Esta regla tiene origen romano.

Sería inadmisibles que el deudor que deliberadamente incumple su obligación quede exento de responsabilidad, no sólo 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. Aceptar que el deudor puede faltar intencionalmente a lo que prometió, equivaldría a admitir que puede obligarse bajo condición potestativa, esto es, que puede no obligarse a nada.

Equiparar la culpa inexcusable al dolo —tanto para los efectos previstos por el artículo 1328 comentado, como para los que determinan el ámbito de la responsabilidad—, es perfectamente válido. Como señalan los *Mazeaud*, la asimilación de la culpa grave al dolo tiene por finalidad evitar “que el malvado se haga pasar por imbécil”. Por consiguiente y, como ya se ha expresado, al ser generalmente borrosos los linderos entre la culpa inexcusable y el dolo, en razón de que el factor determinante —la intención— es un elemento psicológico, no asimilar ambos conceptos podría significar en la práctica, liberar al deudor de cumplir, a su antojo, la obligación.

El segundo párrafo del artículo 1328, que dispone que es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o sus auxiliares violen obligaciones derivadas de normas de orden público, posee singular importancia. Porque, ¿cómo podría el deudor liberarse previamente de responsabilidad o restringirla, cuando la inejecución de la obligación puede causar daño a la persona?

“Artículo 1329.— Se presume que la inejecución de la obligación,

o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.

“Artículo 1330.— La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

“Artículo 1331.— La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

“Artículo 1332.— Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.

Los últimos cuatro preceptos de las disposiciones generales sobre inejecución de las obligaciones —artículos 1329 a 1332—, se refieren a materia probatoria.

El Código Civil de 1852 establecía, en el artículo 1268, que la culpa no se presumía y, por tanto, que ésta debía ser probada por el acreedor.

No es éste, sin embargo, el sistema del Código Civil de 1936. Cuando se incumple la obligación o se ejecuta en forma tardía, parcial o defectuosa, se presume que ello obedece a culpa del deudor, y toca a éste, por consiguiente, demostrar su inculpabilidad. Se trata, pues, de una presunción *juris tantum*. Este principio se infiere del artículo 1326 del Código Civil de 1936, que exige probar su inculpabilidad al deudor obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito o fuerza mayor. Y decimos que el principio se infiere de la norma comentada, porque el Código alude tan sólo al caso fortuito o fuerza mayor, no así a la causa no imputable; y porque únicamente prevé “la entrega de la cosa”, omitiendo, por tanto, el referirse a numerosas obligaciones de hacer y a todas las obligaciones de no hacer.

Sin embargo, la filosofía que subyace al Código Civil de 1936 es la misma que inspira los artículos 1329 y 1330 del nuevo Código.

El artículo 1329, como claramente se desprende de su texto, determina la presunción de que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del obligado, salvo prueba en contrario. Como se trata de una presunción *juris tantum*, el deudor puede

exonerarse probando su inculpabilidad, salvo que la ley o el pacto exijan la prueba del caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo 1330, por su parte, dispone que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Desde este punto de vista, el acreedor puede agravar la responsabilidad del deudor demostrando la inejecución o el cumplimiento irregular de la obligación por dolo o por culpa inexcusable.

La tesis enunciada se explica con facilidad, pues la gravedad del dolo o de la culpa inexcusable y, por consiguiente, su carácter excepcional, exige que no se presuman. Para destruir la presunción bastará con otorgar al juez todos los elementos que lo conduzcan a la convicción de que ha existido dolo o culpa inexcusable.

El artículo 1331 ordena que la prueba de la existencia de los daños y perjuicios, así como la de su cuantía, corresponda al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Quien no sufre un daño, aun cuando la inejecución o el cumplimiento irregular obedezca a dolo o a culpa del deudor, carece de título para exigir la reparación. Por ello, no obstante la presunción de culpa leve ante la inejecución o tal cumplimiento irregular, la carga de la prueba de los daños y perjuicios, así como la de su cuantía, corresponde al acreedor.

La regla admite, por cierto, dos excepciones: el acreedor queda relevado de probar la existencia de los daños y perjuicios, así como la cuantía de éstos, cuando se encuentra protegido por una cláusula penal; y también queda relevado de esa prueba, cuando los intereses moratorios compensan el retraso en las obligaciones de dar sumas de dinero.

Al margen de esas dos excepciones, el acreedor estará siempre constreñido a probar que ha sufrido un perjuicio por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, y a demostrar su cuantía.

El capítulo referente a las disposiciones generales sobre inejecución de las obligaciones concluye con el artículo 1332, que encuentra su origen inmediato en el artículo 1226 del Código Civil Italiano de 1942.

La evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar en su monto preciso, tales como precios, valo-

rizaciones, créditos, demandas comerciales, etc. Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa a cargo del acreedor también aumenta o disminuye en razón de que se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. La prueba es más severa cuando se exige el pago de una indemnización por el daño emergente, porque ella es directa y, desde luego, generalmente más sencilla. Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir pues la prueba directa se hace más difícil; ya que se trata de hechos futuros, el juez deberá contentarse muchas veces con presunciones.

A ello obedece el texto del artículo 1332 comentado, que obliga al juez a liquidar con valoración equitativa en caso de que el daño no pueda ser probado en su monto preciso.

CAPITULO SEGUNDO

Mora

Se ha considerado necesario introducir en el Código reglas generales sobre la mora del acreedor. Es evidente que el acreedor puede quedar constituido en mora, y que ello origina importantes consecuencias jurídicas en la relación obligacional.

Es preciso aclarar que el acreedor puede incurrir en mora no sólo por negarse a recibir el pago, sino por no prestar su concurso a algún acto preparatorio destinado a que el deudor pueda efectuarlo. Cabe señalar que fue el Código Alemán el primero que se ocupó organizadamente de la mora *accipiendi*, aunque las semillas de la institución se encuentran en el Derecho Romano.

El acreedor, como se ha expresado, incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida, o cuando no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación. Este sería el caso, por ejemplo, del acreedor que rehúsa aceptar la prestación que legítimamente se le ofrece en el tiempo y modo convenidos; o que rechaza concurrir a los actos indispensables para el cumplimiento de la obligación, tales como la medida o el peso de los objetos que se han de entregar o la liquidación de un crédito ilíquido.

Es oportuno advertir, sin embargo, que la institución fue incorporada en preceptos aislados por el legislador de 1936. Baste referirse para ello a los artículos 1385, 1386, 1557 y 1558 del Código de 1936. Por tal razón el nue-

vo Código establece sólo principios generales relativos a la mora del acreedor, que deben presidir todo el derecho obligacional, admitiéndose, por cierto, que en las relaciones jurídicas de determinadas categorías existan normas expresas sobre la institución.

Los artículos 1333 a 1337 del Código legislan la mora del deudor. Los artículos 1338 a 1340, la mora del acreedor.

“Artículo 1333.— Incurrir 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”.

Para que el deudor quede constituido en mora se precisa un retardo en el cumplimiento de la obligación. Además, que tal retardo le sea imputable. Se exige, adicionalmente, el requerimiento o intimación judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor, salvo en los casos excluidos por el artículo 1333 del Código.

El primer requisito de la mora del deudor es el retardo en el cumplimiento de la obligación. Es este un elemento de hecho que tiene carácter ineludible. Se advierte, por tanto, que la mora es una institución propia de las obligaciones de dar y de hacer, cuando el incumplimiento consista en un retraso; pero que ella queda descartada de las obligaciones de no hacer.

El retardo, por otra parte, debe ser imputable al deudor, es decir, obedecer a culpa o a dolo. En caso contrario, no se estaría contraviniendo la obligación ni, por consiguiente, existiría responsabilidad por el retraso. Esta era la doctrina en Roma y es la que prevalece en nuestros días.

Se precisa, finalmente, que el deudor sea intimado, esto es, que se le requiera para el cumplimiento de la obligación, salvo las excepciones previstas. Tal intimación o requerimiento puede hacerse judicial o extrajudicialmente.

En este último caso, se puede emplear cualquier vía o medio; pero debe usarse para acreditarla, alguno de los medios probatorios que franquea la ley.

El Código mantiene en consecuencia el principio francés, acogido por el artículo 1264 del Código de 1852 y consagrado por el Código Civil de 1936, de la mora *ex persona*: *dies non interpellat pro homine* (El tiempo no interpela por el hombre). Vencida la obligación, si el acreedor no la exige, demuestra con ello que el retardo no lo afecta. Se estima, por tanto, que tácitamente está prorrogando el plazo.

Las excepciones que ha contemplado el artículo 1333 del Código a la necesidad del requerimiento o intimación para constituir en mora al deudor, son las previstas por los dos incisos del artículo 1254 del Código de 1936. Además, la señalada por el inciso 2) del artículo 1219 del Código Civil Italiano. Y, finalmente, está el caso de que la interpelación no sea posible por causa imputable al deudor.

Como se observa, si bien se mantiene, según se ha expresado, el principio de la mora *ex persona*, se amplían las causales para que opere la mora *ex re*. En consecuencia, la interpelación es innecesaria cuando la ley o el pacto lo declaran expresamente; cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación, aparece que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o practicarse el servicio fue motivo determinante para contraerla; cuando el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir la obligación; y cuando tal interpelación no es posible por causa imputable al deudor.

En esta materia, el derecho comparado ofrece toda suerte de soluciones. Así, el artículo 1219 del Código Civil Italiano, de estructura similar al artículo 1333 del Código, exige que la intimación o requerimiento sea hecho por escrito. Por su parte, el artículo 960 del Código del Brasil sólo exige la interpelación cuando no se ha señalado plazo. El artículo 1608 del Código Colombiano establece la mora automática, salvo los casos especiales que requieren interpelación. Los artículos 1139 del Código Francés, 1100 del Código Español, 509 del Código Argentino, 102 del Código Suizo y 805 del Código Portugués, tienen fisonomía similar al Código de 1984. Por último, el artículo 284 del Código Alemán establece que no es necesario el requerimiento cuando se ha señalado "un tiempo según el calendario".

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”.

El artículo 1334 fue incorporado a propuesta de la Comisión Revisora. Su propósito es aclarar que en los casos en que se demanda el pago de un monto indemnizatorio, derivado, por ejemplo, de incumplimiento contractual, la mora existe desde la fecha de notificación con la demanda. El precepto guarda concordancia con el primer párrafo del artículo 1324, según el cual 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.

El segundo párrafo del artículo 1334 exceptúa de la regla comentada lo dispuesto en el artículo 1985. Este 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.

“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”.

El artículo 1335, por su parte, se limita a transcribir el artículo 1255 del Código de 1936, cuyo origen se encuentra en los artículos 1100 del Código Español, 510 del Código Argentino y 298 del Código Alemán, acogido luego por otras legislaciones, tales como el artículo 1609 del Código Colombiano. Se ha expresado que la culpa es elemento indispensable para que el deudor incurra en mora. No habría culpabilidad, sin embargo, en las obligaciones recíprocas en las cuales la otra parte no cumple su obligación, o no conviene en cumplirla.

“Artículo 1336.— El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge 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”.

El artículo 1336 establece las consecuencias de la mora del deudor; su antecedente inmediato es el artículo 1256 del Código Civil de 1936. Los

principios allí contenidos están consignados por otras normas, tales como los artículos 1146, 1147 y 1148 del Código Francés, 286 y 287 del Código Alemán, 103 del Código Suizo, 956, 957 y 963 del Código Brasileño, 1221 del Código Italiano, 807 del Código Portugués y 1146, 1147 y 1148 del Código Dominicano.

El deudor en mora responde de la indemnización de daños y perjuicios derivada del retraso en el cumplimiento de la obligación. También responde, desde luego, del deterioro o de la pérdida de la prestación, aun cuando se produzca por causa que no le sea imputable. Podrá, sin embargo, evitar el pago de la indemnización de daños y perjuicios probando que no ha incurrido en mora, vale decir, que el retraso no obedece a su culpa. Y podrá, asimismo, exonerarse de la responsabilidad por el deterioro o la pérdida de la prestación, si probara que la causa no imputable la habría afectado aunque se hubiera cumplido a su debido tiempo.

Artículo 1337.— Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios”.

El artículo 1337, último precepto dedicado a la mora del deudor, contiene doctrina similar a la del artículo 1257 del Código Civil de 1936, que encuentra su origen en la segunda parte del artículo 286 del Código Alemán, en el inciso 2) del artículo 108 del Código Suizo y en la segunda parte del artículo 956 del Código del Brasil. Si la mora del deudor determina que la obligación sea inútil para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios, vale decir, la indemnización sustitutoria a la prestación debida.

Se ha considerado innecesario establecer norma similar a la del Código Francés, en el cual se señala que en las obligaciones de entregar suma cierta, los daños y perjuicios resultantes del retardo en la ejecución no consistirán sino en el pago de intereses legales, salvo las reglas particulares del comercio, puesto que ello ya está consignado en otros preceptos de la legislación peruana. Se ha descartado, asimismo, efectuar una referencia similar a la del artículo 808 del Código Portugués, en el sentido de que la pérdida de interés en el cumplimiento de la obligación deberá apreciarse objetivamente, ya que tal apreciación deberá adecuarse, sin duda, a la naturaleza y circunstancias de la obligación.

Artículo 1338.— El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con

practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

“*Artículo 1339.*— El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso”.

“*Artículo 1340.*— El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor”.

Como se ha señalado, los artículos 1338, 1339 y 1340, que se refieren a la mora del acreedor, constituyen preceptos novedosos. Su origen mediato se encuentra en el Código Civil Alemán y en el Código Suizo y su inspiración inmediata en el Código Civil Italiano y en el Código Civil Portugués.

El artículo 1338 es similar a los artículos 293 y 296 del Código Alemán, 91 del Código Suizo, 1206 del Código Italiano y 813 del Código Portugués. El artículo 1338 califica los dos casos en que el acreedor incurre en mora: en primer término, cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida; luego, cuando no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación. Cabe observar que el artículo 297 del Código Civil Alemán prescribe 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, a todas luces elogiada, está implícita en la institución de la mora del acreedor.

Los artículos 1339 y 1340, por su parte, establecen las consecuencias de la mora del acreedor.

El artículo 1339 es similar al artículo 304 del Código Alemán y contiene principios del artículo 958 del Código del Brasil y del artículo 1207 del Código Italiano. El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados del retraso.

Es importante señalar que el artículo 1339 citado, se refiere, genéricamente, a la indemnización a que daría origen, por concepto de daños y perjuicios, el retraso en el cumplimiento de las prestaciones a las que está obligado el acreedor—tal como ocurre, respecto al deudor, con lo previsto por el artículo 1336—, sin indicarse en forma específica en qué consisten esos daños y perjuicios, pues para ello habrá que acudir a las disposiciones generales sobre inexecución de las obligaciones.

El artículo 1340, por último, se refiere a un caso distinto al previsto por

el artículo 1339, esto es, a la hipótesis de que la mora del acreedor determine la imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Este artículo establece que el acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, a no ser que ella obedezca a dolo o a culpa inexcusable del deudor. Principios similares se encuentran contenidos en los artículos 300 del Código Alemán, 958 del Código del Brasil, 1207 del Código Italiano y 815 del Código Portugués. Aquí también, para determinar en ese evento la responsabilidad del acreedor, será necesario apelar a las mismas reglas generales sobre inejecución de las obligaciones.

Como observación de carácter final a la mora del acreedor, se advierte que el Código no alude a la oferta ni a las normas acerca de su validez, tal como lo hacen los artículos 1208 y 1209 del Código Italiano, puesto que esta materia está tratada en el Libro VII relativo a las Fuentes de la Obligaciones.

CAPITULO TERCERO

Obligaciones con cláusula penal

El Libro VI concluye con las reglas sobre las obligaciones con cláusula penal.

La cláusula penal, legislada en los artículos 1341 a 1350, se concibe como una relación obligacional destinada a que las partes fijen la reparación para el caso de incumplimiento.

La cláusula penal puede operar en los casos de incumplimiento total o de cumplimiento parcial o irregular de la obligación. Como modalidades específicas del cumplimiento parcial o defectuoso, el Código consigna normas tanto sobre su estipulación en resguardo de un pacto determinado, como para el caso de mora.

Aunque no es necesaria la prueba del daño, la exigibilidad de la cláusula penal requiere que la inejecución total, parcial o irregular de la obligación, obedezca a causas imputables al deudor —sea por dolo o por culpa—, salvo pacto en contrario.

Al margen de los conceptos enunciados, el Código regula la oportunidad en que ella puede estipularse, su naturaleza jurídica, su monto, sus consecuencias cuando es indivisible o solidaria, y la situación de los codeudores no culpables ante la aplicación de la pena.

Pero el tema neurálgico de la institución está constituido por el de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal.

Siguiendo el orden propuesto, se analizan los artículos del Código sobre la materia.

“Artículo 1341.— El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

El artículo 1341 consagra importantes principios. Se inspira en el segundo párrafo del artículo 340 del Código Alemán y en la primera parte del artículo 1382 del Código Civil Italiano. A diferencia de otras legislaciones, entre ellas el artículo 655 del Código Argentino y el artículo 1840 del Código Mejicano, el Código permite pactar la indemnización del daño ulterior.

Del artículo 1341 se infiere, en primer término, que la cláusula penal puede estar constituida por cualquier obligación de dar, hacer o no hacer, sin exigirse que ella consista en la obligación de pagar una suma de dinero. El resarcimiento al acreedor, por otra parte, se integra tan sólo por la penalidad estipulada, salvo que se hubiera convenido la indemnización del daño ulterior. En estos casos, el deudor continuará obligado al pago del íntegro de la penalidad; pero ella se computará como parte de los daños y perjuicios, si la cuantía de éstos excede el valor de tal penalidad.

Tanto la existencia del daño ulterior, como su monto, deberán probarse. Si el valor de la pena es igual o inferior a los daños y perjuicios sufridos por el acreedor a causa del incumplimiento de la obligación, o si éste no ha sufrido daños y perjuicios por tal incumplimiento, entonces, se haya o no pactado la reparación del daño ulterior, el acreedor tendrá derecho a exigir el íntegro de la cláusula penal, pero tan sólo la cláusula penal, porque ésta, salvo las excepciones establecidas por otras normas del propio Código, siempre se debe íntegramente. Si, por el contrario, se ha estipulado la reparación del daño ulterior, y se demuestra que éste 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 daños y perjuicios.

El sistema está destinado a asegurar al acreedor que ve incumplida la obligación por dolo o por culpa del deudor, la cobranza del íntegro de la penalidad, que constituye el resarcimiento fijado anteladamente; y a protegerlo, en caso que se hubiera previsto la indemnización por el daño ulterior, para exigirla, siempre y cuando demuestre los daños sufridos en exceso respecto al valor de la cláusula penal.

“Artículo 1342.— Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación”.

El artículo 1342, que reproduce conceptualmente el artículo 341 del Código Civil Alemán, contiene idénticos principios que el artículo 1341. Se refiere a la estipulación de la cláusula penal para los casos de mora o en resguardo de un pacto determinado. En estas hipótesis, el acreedor tendrá el derecho de exigir, además de la obligación principal, el íntegro de la cláusula penal y el resarcimiento del daño ulterior, si así lo hubiera pactado y si tal daño ulterior existiera.

“Artículo 1343.— Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario”.

El artículo 1343 tiene dos partes. La primera se inspira en el artículo 656, primera parte, del Código Argentino, en la última parte del artículo 1382 del Código Italiano y en el artículo 1842 del Código Mejicano. Su texto, por lo demás, es similar al del artículo 1224 del Código Civil de 1936. La segunda parte se inspira en los artículos 665 del Código Argentino, 923 del Código Brasileño y 1847 del Código Mejicano.

El precepto señala dos características esenciales, ya enunciadas, de la cláusula penal: que para exigirla no es necesario probar la existencia del daño ni su cuantía; y que ella sólo puede demandarse cuando el incumplimiento de la obligación obedece a dolo o culpa del deudor, salvo pacto en contrario. La norma completa los conceptos parciales contenidos en el artículo 1224 del Código de 1936.

“Artículo 1344.— La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior”.

El artículo 1344 es de texto idéntico al artículo 1223 del Código de 1936, que, a su vez, adoptó como modelo el artículo 916 del Código del Brasil. La cláusula penal puede estipularse simultáneamente con la obligación o por acto posterior, pero en ningún caso después de producido el incumplimiento. En esta oportunidad, respecto de la indemnización por daños y perjuicios, sólo cabría el pago, la transacción o cualquier otra forma de extinción de las obligaciones; pero no, la cláusula penal.

“Artículo 1345.— La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal”.

El artículo 1345 también es de texto similar al artículo 1226 del Código de 1936 y se inspira en los artículos 1302 del Código Civil de 1852, 1564 del Proyecto de 1891, 1579 del Código Ecuatoriano, 1536 del Código Chileno y 776 del Anteproyecto Ossorio. El precepto señala una característica esencial de la cláusula penal: que ella es accesoria a la obligación principal y, por consiguiente, que su nulidad no acarrea la de ésta. Por el contrario, la nulidad de la obligación principal origina la de su accesoria, esto es, la de la cláusula penal. Esta última norma fue acogida por los artículos 1227 del Código Francés, 1155 del Código Español y 1593 del Código de Colombia, pero no ha sido adoptada por el nuevo Código Civil, por considerársele innecesaria.

“Artículo 1346.— El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

El artículo 1346, íntimamente vinculado a los artículos 1341 y 1342, es de gran trascendencia, y difiere parcialmente de la regla prevista por el artículo 1227 del Código de 1936.

Antes de analizarlo, conviene aclarar que el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil proponía una solución distinta. En efecto, se limitaba la cuantía de la cláusula penal, sin permitir, sin embargo, que ella fuese modificada (artículo 1364 del Proyecto).

El Proyecto se inclinaba por el sistema propuesto por la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 —luego modificado por la Comisión Revisora— que, siguiendo la doctrina del artículo 920 del Código del Brasil, establecía que la cláusula penal no podía ser modificada por el juez, por considerarla excesiva o diminuta; pero que su valor no podía, en ningún caso, exceder al de la obligación principal. Es esta misma doctrina brasileña la aco-

gida, entre otras legislaciones, por el Código Mejicano en su artículo 1843 y por el Código Colombiano en su artículo 1601.

El Proyecto se inclinó por una fórmula similar a la consignada en el Proyecto de Código Civil, que dio origen al Código de 1936, debido a que la inmutabilidad de la pena, limitada en su valor, concilia la autonomía de la voluntad con los principios de equidad y de justicia que deben presidir toda relación obligacional.

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.

Se reconocía que en esta materia resultaba difícil encontrar soluciones cabalmente idóneas. Por ello se pensó utilizar una fórmula intermedia, cuyo único fin era restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad. La limitación propuesta preservaba la existencia de una institución destinada a fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales, y constituía, simultáneamente, un freno a las pretensiones inmoderadas del acreedor.

La Comisión Revisora adoptó una fórmula distinta, similar a la que propuso la Comisión Revisora del Proyecto del Código Civil de 1936, que fue recogida en el artículo 1227 de este Código. Mediante ésta se faculta al juez a reducir equitativamente la pena cuando fuese manifiestamente excesiva. No obstante, se aceptó nuestra sugerencia en el sentido de que tal reducción sólo procediese a solicitud del deudor y no constituyera una obligación impuesta al juez.

Sin perjuicio de lo expuesto, no deja de ser cuestionable, al analizarse la finalidad de la cláusula penal, la solución de que el juez pueda reducirla "equitativamente" cuando fuese "manifiestamente excesiva". Para que los jueces estén en aptitud de acceder a la reducción de la pena "manifiestamente excesiva", tendrá necesariamente que ventilarse en juicio la eventual existencia y cuantía de los daños y perjuicios. Los jueces no pueden pronunciarse tan sólo con criterio de conciencia, puesto que las relaciones contractuales aseguradas por la cláusula penal son, generalmente, complejas. Si el juez utilizara únicamente su criterio de conciencia, se constituiría en un pretor y podría incurrir en arbitrariedad.

Si la cláusula penal tenía el propósito, justamente, de evitar la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía, parece claro que el artículo 1346 desnaturaliza la institución. No evita, en modo alguno, el debate. Es más, induce necesariamente a él, porque, ¿como podría un juez, sin la existencia de un litigio, decidir si la pena es “manifiestamente excesiva”? Todo ello conduce, en definitiva, a lo que se trató de evitar: la controversia sobre la existencia de los daños y su monto. Y, en este orden de ideas, no se libera al acreedor de las dificultades que puede presentar la prueba del perjuicio o el arbitrio judicial en su estimación, ni la institución alcanza a constituirse en un medio conminatorio eficaz para compeler al deudor a cumplir sus obligaciones.

Estas críticas son válidas para todas las legislaciones que han consignado preceptos similares a los del Código de 1936. Entre otras, el artículo 343 del Código Civil Alemán, el artículo 1384 del Código Italiano, el segundo párrafo del artículo 656 del Código Argentino agregado por la ley No. 17711, el artículo 535 del Código Boliviano y el artículo 812 del Código Portugués.

Lo expuesto no quiere decir, sin embargo, que sea aconsejable adoptar el sistema del artículo 1152 del Código Francés, acogido por el Código Español, de la inmutabilidad de la cláusula penal, tal como está concebida por esas legislaciones. Estos Códigos no conceden a los jueces la facultad de modificar el monto de la pena estipulada, pero ésta a su vez, tampoco está sujeta a limitación alguna. Cabe señalar que la doctrina francesa tuvo singular influencia durante el siglo pasado, en el cual la mayoría de las legislaciones optaron por la fórmula napoleónica. Lo propio ocurrió con el Código Civil Peruano de 1852, que adoptó tal solución en el artículo 1275.

La parte final del artículo 1346 se inspira también en el artículo 1227 del Código actual. Esta solución, por lo demás, es similar a la del nuevo texto del artículo 1231 del Código Francés, promulgado por ley del 9 de julio de 1975, y al artículo 1154 del Código Español. Nadie discute, en efecto, que en caso de cumplimiento irregular o parcial, aceptado por el acreedor, el juez pueda reducir la pena a solicitud del deudor. En cada caso deberá evaluarse la mayor o menor gravedad del incumplimiento y, sobre esa base, determinarse la reducción de la penalidad.

Artículo 1347.— Cada uno de los deudores o de los herederos del deudor está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible, aunque la obligación sea indivisible”.

“Artículo 1348.— Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer íntegramente la pena”.

“Artículo 1349.— Si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.

En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia”.

Los artículos 1347, 1348 y 1349 constituyen la simple aplicación de los principios de la divisibilidad e indivisibilidad y de la mancomunidad y solidaridad, a la cláusula penal. Estos preceptos consignan igual doctrina que la acogida por los artículos 1228 y 1229 del Código de 1936.

El artículo 1347 establece que cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, sólo estará obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte; siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal. Esto con prescindencia de que la obligación principal sea divisible o indivisible. Quiere ello decir que, para estos casos, el principio de la divisibilidad o indivisibilidad entre los codeudores, o entre los herederos del deudor, se determina por la naturaleza jurídica de la obligación accesoria, vale decir, de la cláusula penal.

El artículo 1348, en otra aplicación del principio de las obligaciones indivisibles, prescribe que si ésta es la naturaleza de la cláusula penal, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer íntegramente la pena. Se adopta aquí la doctrina de la indivisibilidad de las obligaciones, trasladada a la cláusula penal.

El artículo 1349 contiene un principio ya estudiado al legislar la solidaridad. Si la obligación de la cláusula penal es solidaria, aun cuando fuera divisible, cada uno de los codeudores queda obligado a satisfacer el íntegro de la pena. En caso de fallecimiento de un codeudor, la pena se dividiría entre sus herederos, en proporción a sus respectivas cuotas en la herencia.

“Artículo 1350.— Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena”.

El artículo 1350, por último, que transcribe el artículo 1230 del Código Civil de 1936, recoge un principio que es fundamental en materia de responsabilidad: los codeudores no culpables que, no obstante, tienen que pagar total o parcialmente la pena, pueden exigir la restitución de aquél que dio lugar a que se aplicara.

Las obligaciones de Felipe Osterling Parodi, Volumen VI de la Biblioteca Para leer el Código Civil, se terminó de imprimir el mes de enero de 1988, en los talleres de Editorial e Imprenta Desa (Reg. Ind. 16521), General Varela 1577, Lima 5, Perú. La edición consta de 3 000 ejemplares.

PUBLICACIONES RECIENTES

Carlos Blancas Bustamante y Marcial Rubio Correa

Derecho constitucional general. 2a. ed. 1987. XVI + 603 p.

Carmen Julia Cabello

Cincuenta años de divorcio en el Perú. Selección y comentario de ejecutorias supremas (1937-1986). 1987. 321 p.

Pedro de Cieza de León

Crónica del Perú. Tercera Parte. Edición, prólogo y notas de Francesca Cantù. Vocabulario etimológico por Kurt Baldinger. Indices onomástico y toponímico por Miguel Angel Rodríguez Rea. 1987. CI + 431 p.

Adolfo Figueroa

La economía campesina de la Sierra del Perú. 3a. ed. 1987. 146 p.

Anne Marie Hocquenghem

Iconografía mochica. 1987. 2a. ed. 280 p. + 214 láminas

Maynard Kong

Lenguaje de Programación Pascal. 2a. ed. 1987. XII + 364 p.

Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena

El arbitraje. 1987. 234 p. (Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. V)

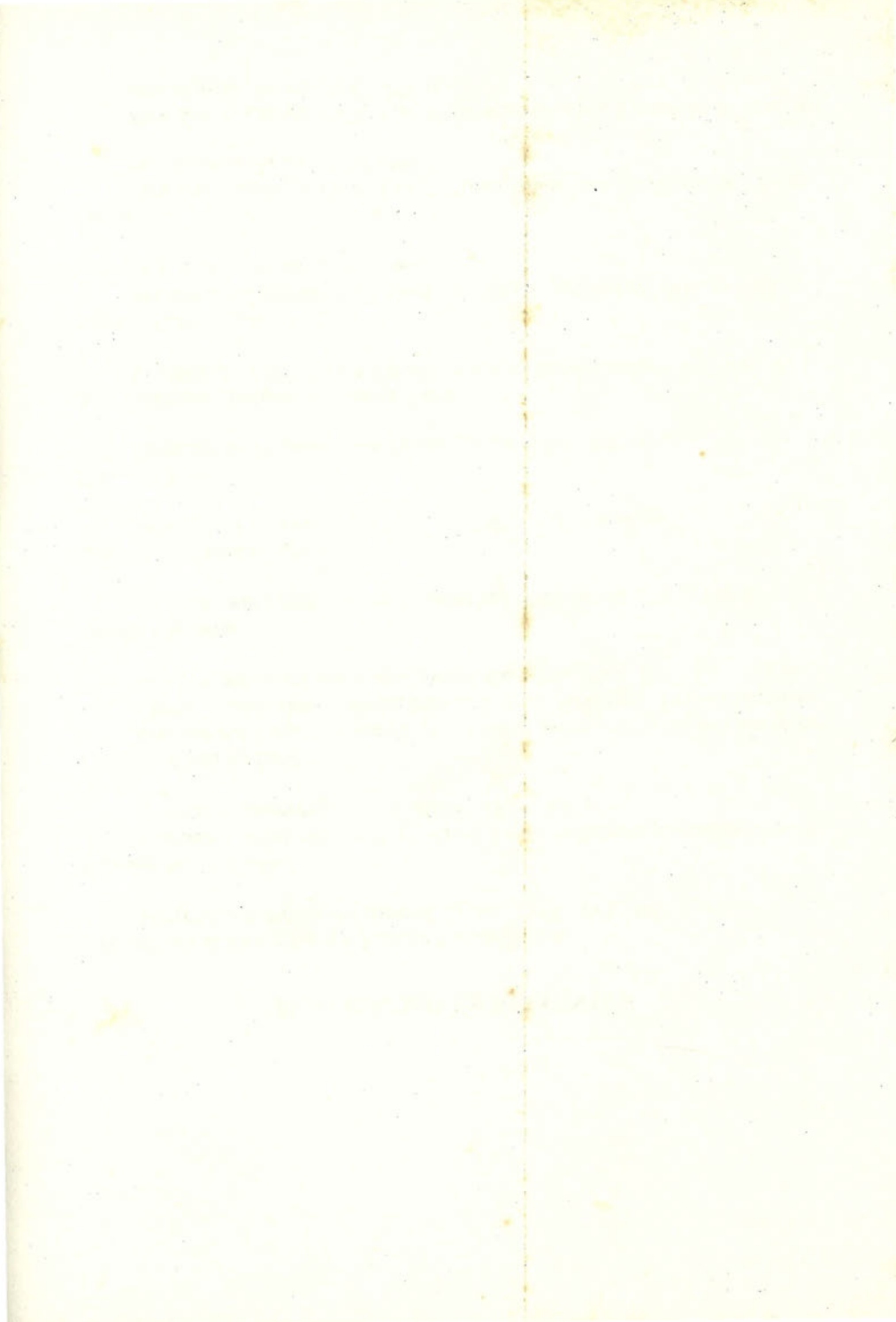
Karsten Paerregaard

Nuevas organizaciones en comunidades campesinas: el caso de Usibamba y Chaquicocha. 1987. 149 p.

Varios

Para leer el Código Civil, Vol. I. Presentación por Fernando de Trazegnies Granda. 7a. ed. 1987. 241 p.

Para leer el Código Civil, Vol. II. Presentación por Fernando de Trazegnies Granda. 4a. ed. 1987. 171 p.



TEOFILO ALTAMIRANO

Cultura andina y pobreza urbana

ROCIO CARAVEDO

El español en Lima

PEDRO DE CIEZA DE LEON

Crónica del Perú. Tercera Parte. 2a. ed.

Crónica del Perú. Cuarta Parte. Las guerras civiles.

JEFFREY KLAIBER S.J.

La Iglesia en el Perú

MAYNARD KONG

Lenguaje de Programación "C"

Lenguaje de Programación Pascal. 3a. ed.

OLGA LOCK DE UGAZ

Investigación fitoquímica

MANUEL M. MARZAL

La transformación religiosa peruana. 2a. ed.

Los caminos religiosos de los inmigrantes de la Gran Lima

MARCIAL RUBIO CORREA

El sistema jurídico (Introducción al Derecho). 4a. ed.

JOSE TOLA PASQUEL

Algebra lineal y multilineal. Segunda parte

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

La responsabilidad extracontractual (Arts. 1969-1988) (Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. IV)

HERMANN TRIMBORN

Quebrada de la Vaca

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18,
San Miguel

Apartado 1761. Lima, Perú
Tlf. 622540 Anexo 220

