

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Colección **Lo Esencial del Derecho** 13

Comité Editorial

Baldo Kresalja Roselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

MARIO CASTILLO FREYRE

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

340.7 Castillo Freyre, Mario, 1964-
L Derecho de las obligaciones / Mario Castillo Freyre ; con la colaboración de
13 Verónica Rosas Berastain.-- 1a ed.-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú,
Fondo Editorial, 2017 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).
171 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 13)

Incluye referencias bibliográficas.

D.L. 2017-03388

ISBN 978-612-317-242-8

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Obligaciones (Derecho civil) - Perú 3. Dere-
cho civil (Obligaciones y contratos) - Perú 4. Responsabilidad civil - Perú I. Rosas
Berastain, Verónica, 1981-, colaboradora II. Pontificia Universidad Católica del
Perú III. Título IV. Serie

BNP: 2017-0941

Derecho de las obligaciones

Mario Castillo Freyre

© Mario Castillo Freyre, 2017

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: marzo de 2017

Primera reimpresión: setiembre de 2018

Tiraje: 600 ejemplares

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

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-242-8

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-12616

Registro del Proyecto Editorial: 31501361800809

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	15
SECCIÓN PRIMERA	
LAS OBLIGACIONES Y SUS MODALIDADES	
INTRODUCCIÓN	19
I. Concepto y elementos de las obligaciones	19
1.1. Los sujetos	19
1.2. El objeto	20
1.3. El contenido patrimonial	20
1.4. La exigibilidad	21
II. Fuentes de las obligaciones	22
III. Clasificación de las obligaciones	23
TÍTULO I. OBLIGACIONES DE DAR	24
I. Obligaciones de dar bienes ciertos	24
1.1. Principio de identidad	24
1.2. La conservación del bien	25
1.3. Concurrencia de acreedores	27
1.4. Teoría del riesgo	29
II. Obligaciones de dar bienes inciertos	34

TÍTULO II. OBLIGACIONES DE HACER	38
I. Sobre quién puede cumplir la obligación	38
II. Plazo y modo de cumplimiento	39
III. Opciones del acreedor por inexecución de obligaciones	40
IV. Opciones del acreedor por ejecución parcial, tardía o defectuosa	41
V. Derecho del acreedor a ser indemnizado	43
TÍTULO III. OBLIGACIONES DE NO HACER	43
TÍTULO IV. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS	45
I. Obligaciones con objeto plural	45
II. Obligaciones conjuntivas	45
III. Obligación alternativa	46
IV. Obligación facultativa	48
TÍTULO V. OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES. OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS	51
I. Obligaciones divisibles e indivisibles	52
II. Obligaciones mancomunadas y solidarias	55
III. Combinaciones posibles y reglas aplicables	55
3.1. Obligación divisible y mancomunada	56
3.2. Obligación divisible y solidaria	57
3.3. Obligación indivisible y mancomunada	57
3.4. Obligación indivisible y solidaria	58
IV. Sobre el cobro y el pago de las obligaciones con sujeto plural	58
V. Incumplimiento de las obligaciones indivisibles y de las obligaciones solidarias	64
VI. Posibilidad de contraer una obligación de carácter indivisible o solidario con modalidades diferentes	69
VII. Principio de la solidaridad: se comparten los efectos beneficiosos pero no los perjudiciales	70
TÍTULO VII. RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES	72

TÍTULO VIII. TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES.	
CAPÍTULO ÚNICO: CESIÓN DE DERECHOS	74
I. La cesión de créditos	74
II. Cesión de derechos no crediticios	77
Preguntas	78

SECCIÓN SEGUNDA
EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES	83
TÍTULO II. PAGO	83
I. Capítulo primero: disposiciones generales	83
1.1. Principios del pago	84
1.1.1. Principio de identidad	84
1.1.2. Principio de integridad	85
1.1.3. Principio de localización o lugar de pago	85
1.1.4. Principio de oportunidad	86
1.2. Nominalismo y valorismo	87
1.3. Pago realizado por tercero	93
II. Capítulo segundo: pago de intereses	95
III. Capítulo tercero: pago por consignación	99
3.1. Requisitos	100
3.1.1. La existencia de una obligación	100
3.1.2. Voluntad de pago por parte del deudor	101
3.1.3. La imposibilidad de efectuar un pago directo	101
3.2. Clases de ofrecimiento	101
IV. Capítulo cuarto: imputación del pago	103
V. Capítulo quinto: pago con subrogación	107
5.1. Distinguiendo el pago con subrogación del pago por tercero regulado en el artículo 1222 del Código	107
5.2. Modalidades del pago con subrogación	109
5.2.1. Subrogación legal o de pleno derecho	109
5.2.2. Subrogación convencional	111

VI. Capítulo sexto: dación en pago	112
VII. Capítulo sétimo: pago indebido	116
7.1. Nociones generales	116
7.1.1. <i>El doble pago</i>	117
7.1.2. <i>El pago en demasía</i>	117
7.1.3. <i>El pago de una deuda sujeta a condición aún pendiente</i>	117
7.1.4. <i>El pago de una deuda sujeta a plazo suspensivo</i>	117
7.1.5. <i>El pago con prestación distinta a la debida</i>	118
7.2. Consecuencias del pago indebido	118
TÍTULO III. NOVACIÓN	121
I. Consideraciones generales	121
II. Requisitos para que opere la novación: la voluntad de novar	123
III. Modalidades de la novación	123
1. Novación objetiva	124
2. Novación subjetiva	124
3. Novación mixta	128
TÍTULO IV. COMPENSACIÓN	128
I. Consideraciones generales	128
II. Compensación unilateral	129
1. Que las obligaciones sean recíprocas	130
2. Que las obligaciones sean líquidas	130
3. Que las obligaciones sean exigibles	131
4. Que las obligaciones a compensar tengan prestaciones fungibles y homogéneas	131
I. Compensación bilateral	131
TÍTULO V. CONDONACIÓN	132
TÍTULO VI. CONSOLIDACIÓN	133
TÍTULO VII. TRANSACCIÓN	135
TÍTULO VIII. MUTUO DISENSO	139

TÍTULO IX. INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES	140
I. Capítulo primero: disposiciones generales	140
1.1. Incumplimiento por causa imputable	141
1.1.1. <i>Causas no imputables</i>	141
1.1.2. <i>Causas imputables</i>	144
1.2. Daños como presupuesto de la responsabilidad del deudor	146
1.3. La prueba de los daños y perjuicios	147
1.4. Otras consideraciones importantes	148
II. Capítulo segundo: mora	151
2.1. Elementos esenciales de la mora	151
2.1.1. <i>No es necesaria la intimación cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente</i>	155
2.1.2. <i>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</i>	156
2.1.3. <i>Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación</i>	156
2.1.4. <i>Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor</i>	157
2.2. Efectos de la constitución en mora	160
2.3. Mora del acreedor	163
III. Capítulo tercero: obligaciones con cláusula penal	166
Preguntas	170

Fondo Editorial PUCP

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse con un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

«Lo Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo doctoral.

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

Desde 1993, y por más de diez años, mi maestro, el doctor Felipe Osterling Parodi, y yo escribimos la primera edición de nuestro *Tratado de las obligaciones*, obra que constó de dieciséis tomos y que fue publicada entre 1994 y 2004 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En el año 2008, ambos publicamos nuestro *Compendio de derecho de las obligaciones*, bajo el sello de Palestra Editores, cuya segunda edición fue promovida por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, en 2014.

Es, precisamente, en junio de 2014 que presentamos en Lima la segunda edición de nuestro *Tratado de derecho de las obligaciones*, esta vez con el sello de Thomson Reuters y en seis volúmenes, obra que actualizó nuestro viejo tratado.

La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha tenido la magnífica idea de promover la difusión del derecho en nuestro país a través de una serie de publicaciones de sus profesores, las que constituirán valiosas herramientas de estudio de distintas materias.

Así pues, se me confió la tarea de escribir sobre el derecho de las obligaciones.

Esta obra, dadas las pautas establecidas para la colección, representa un acercamiento básico a la materia, cuya finalidad no es otra que transmitir

de forma clara y didáctica los aspectos esenciales de las instituciones del derecho de las obligaciones.

Estoy muy satisfecho con el resultado y agradezco la invaluable colaboración brindada por mi muy querida amiga, brillante exalumna y compañera de trabajo en el estudio, la abogada Verónica Rosas Berastain.

Y, como no podía ser de otra manera, dedico este libro a la memoria del doctor Felipe Osterling Parodi, quien durante cincuenta años ejerció con brillantez la docencia en nuestra casa de estudios, donde fue catedrático de varias generaciones de abogados.

Lima, agosto de 2016

Mario Castillo Freyre¹

¹ Abogado en ejercicio, socio del estudio que lleva su nombre. Magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor principal en dicha casa de estudios. Es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho y director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su estudio. www.castillofreyre.com.

SECCIÓN PRIMERA
LAS OBLIGACIONES Y SUS MODALIDADES

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

I. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES

La obligación es un vínculo jurídico abstracto en virtud del cual una parte, denominada deudor, se compromete a ejecutar una prestación de contenido patrimonial en favor de otra, denominada acreedor, pudiendo esta última exigir su cumplimiento o, en su defecto, la indemnización que corresponda.

De este concepto de obligación se deducen varios elementos que es necesario explicar:

1.1. Los sujetos

Toda obligación necesariamente plantea la existencia de al menos dos sujetos, un deudor y un acreedor. El deudor es la parte pasiva de la relación obligatoria; el acreedor es la parte activa. Así, el deudor es quien tiene que cumplir con ejecutar el objeto de la obligación, en tanto el acreedor es quien tiene derecho a exigir el cumplimiento de esa prestación.

Cuando en una obligación nos encontremos en presencia de más de un acreedor y un deudor, de un acreedor y de más de un deudor, o de más de un deudor y de más de un acreedor, estaremos ante las denominadas *obligaciones con pluralidad de sujetos* u *obligaciones con sujeto plural*.

Estas obligaciones con sujeto plural son las que se conocen con el nombre de *divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias*.

1.2. El objeto

El objeto de la obligación es la *prestación* y se define como la actividad humana que va a tener que ser desplegada por el deudor y que va a consistir en un efectivo dar, en un efectivo hacer o en un efectivo no hacer. Toda obligación, entonces, tiene por prestación el dar, el hacer o el no hacer algo.

Habiendo advertido que el nombre exacto para referirnos a este tema es obligación con prestación de dar, obligación con prestación de hacer y obligación con prestación de no hacer, en el desarrollo de nuestro examen del derecho de obligaciones nos saltaremos un paso. De esta manera, en vista de que todos somos conscientes de aquello sobre lo que estamos tratando, nos limitaremos a nombrarlas como obligaciones de dar, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer.

1.3. El contenido patrimonial

Entre el concepto de deber jurídico y el de obligación existe una relación de género a especie. La obligación es un deber jurídico, cuya característica esencial es, precisamente, su contenido patrimonial. Este elemento —que distingue a la obligación de los deberes jurídicos de contenido no patrimonial— implica que su prestación es susceptible de valorizarse patrimonialmente o, lo que es lo mismo, que puede asignarse un valor a esa prestación.

Conviene aclarar que para determinar si concurre el elemento del contenido patrimonial no interesa si los sujetos pactaron en el contrato una contraprestación. Lo relevante es que nosotros, usted o cualquier persona, pueda hacer mentalmente una operación valorativa y que esa valoración económica sea aceptada por la sociedad.

A partir de esta afirmación podemos inferir que, en realidad, el carácter patrimonial de una prestación se encuentra dado, en definitiva,

por la noción que se maneje de esa prestación. Así, aunque en principio todo es susceptible de valorarse económicamente, hay ciertos «bienes» a los que la sociedad, por la percepción que tiene de ellos, les niega ese carácter patrimonial.

1.4. La exigibilidad

Este elemento implica que, en toda obligación, el acreedor puede exigir al deudor el cumplimiento de la obligación; y si el deudor incumple con la obligación, puede exigirle judicialmente el cumplimiento. Si ello no fuera posible, podría reclamarle, de ser el caso, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

- Este rasgo de exigibilidad no significa, sin embargo, que siempre las obligaciones van a poder ser exigibles en especie. El límite que impone el derecho de obligaciones es el empleo de violencia contra la persona del deudor. En el instante en que se tenga que emplear violencia contra la persona del deudor, no va a ser posible exigir el cumplimiento forzoso de una obligación. En estas situaciones, sin embargo, el derecho ofrece otras alternativas, como la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos que el incumplimiento haya ocasionado.
- Hecha esta distinción, debemos advertir que la exigibilidad marca la diferencia entre las obligaciones que van a ser objeto de nuestro trabajo, que también se conocen en doctrina con el nombre de *obligaciones civiles* (pero, en este trabajo las llamaremos, simple y llanamente, *obligaciones*); y las llamadas obligaciones naturales. Esto, pues las obligaciones naturales son aquellas que tienen todos los rasgos de una obligación civil, con excepción del rasgo de exigibilidad.

En el derecho nacional, solamente existen dos casos de obligaciones naturales. El primero de ellos es el de las deudas de juego no prohibido,¹ pero tampoco autorizado expresamente por ley. Quien gana uno de esos juegos, que no están regulados ni supervisados por el Estado, no podrá forzar el pago en los tribunales de justicia si el perdedor se negara a pagarle e invocara —con éxito— el carácter natural de la obligación. Al carecer del rasgo de exigibilidad, quien gane en el juego dependerá de la buena voluntad del perdedor, pues no contará con medios legales en los cuales apoyarse.

El segundo caso es el de las deudas ya prescritas. En el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil de 1984 (en adelante, el Código) se establece el plazo de diez años para ejercer la acción personal, que es la acción que tiene el acreedor para cobrarle una obligación a su deudor. El acreedor, entonces, cuenta con diez años para demandar. Si el acreedor recién decidiera solicitar el cumplimiento transcurridos diez años y un día, el deudor tendría derecho de oponer o deducir la excepción de prescripción. Esa excepción no cuestiona la existencia de la deuda, sino su exigibilidad.

En una obligación ya prescrita están todos los elementos de la obligación, menos uno: su exigibilidad. Al no estar ese elemento, el acreedor no tiene mecanismos legales para exigir su cumplimiento; no obstante lo cual, el pago que realizara el deudor sería válido y no podría calificarse como un pago indebido que otorga el derecho a ser restituido.

II. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones civiles, a las que denominaremos simplemente *obligaciones*, tienen dos grandes fuentes; a saber, la voluntad humana y la ley.

Las normas legales son una fuente muy grande de obligaciones; a través de aquellas se imponen obligaciones de todo orden. El ejemplo más

¹ Las obligaciones que se derivan de los juegos prohibidos, como es evidente, no son obligaciones naturales sino nulas.

representativo de las obligaciones nacidas de fuente legal está dado por las obligaciones de orden tributario o de naturaleza tributaria. En este caso el deudor no ha celebrado un contrato con la administración tributaria; simplemente, a través de las normas tributarias y de los supuestos de incidencia de aquellas, tendrá que pagar los tributos que corresponda. Y así hay obligaciones que nacen de normas imperativas en materia laboral, en materia societaria, entre otros tantos ámbitos.

La otra fuente, esto es, la voluntad humana, tiene como núcleo o punto central al contrato. Debemos aclarar que no podemos identificar al contrato con la obligación. De un único contrato pueden surgir una o varias obligaciones. Además, es común que a través de un contrato uno de los contratantes se obligue a dar, hacer, o no hacer algo a favor de su cocontratante que, respecto de esas obligaciones, asume la calidad de acreedor. Pero a la vez, es común que a través de ese mismo contrato, su contraparte asuma en calidad de deudor, una o más obligaciones.

Dentro de la voluntad humana como fuente de obligaciones no solo está el contrato, pues también hay obligaciones nacidas de la voluntad unilateral. Toda persona puede obligarse unilateralmente sin necesidad de llegar a un acuerdo con otra parte.

III. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

En este libro estudiaremos los tres criterios clasificatorios que consideramos como más relevantes.

El primero de esos criterios clasifica a las obligaciones por la naturaleza de su prestación, de modo que las identifica como obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

En segundo lugar están las obligaciones de objeto plural, que son las conjuntivas, las alternativas y las facultativas.

Finalmente, están las obligaciones de sujeto plural, que son las divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias.

TÍTULO I. OBLIGACIONES DE DAR

Las obligaciones con prestaciones de dar son, a grandes rasgos, aquellas que implican la entrega física o jurídica de un bien. El tratamiento que el Código brinda a las obligaciones de dar no es un tratamiento único, porque las reglas que van a ser aplicables dependerán de las características del bien que constituye objeto de la prestación, el cual puede ser un bien cierto o determinado, un bien incierto o determinable, o un bien fungible.

I. OBLIGACIONES DE DAR BIENES CIERTOS

Entendemos por bien cierto a aquel que al momento de generarse la obligación, se encuentra total y absolutamente determinado o individualizado; vale decir, que se ha establecido con precisión qué deberá entregarse. Es así que las obligaciones de dar bienes ciertos consisten en la entrega de un bien determinado.

1.1. Principio de identidad

Al empezar la explicación de los bienes ciertos, es indispensable mencionar uno de los principios fundamentales del derecho de obligaciones; a saber, el principio de identidad que se encuentra regulado en el artículo 1132 del Código.

El principio de identidad supone que el deudor no puede obligar o forzar al acreedor a aceptar un bien distinto al acordado, sin que importe que ese bien valga más. De esta manera, si el deudor le ofreciera a su acreedor un bien mucho más costoso que el que —según lo acordado— debería entregarle, el acreedor podría aceptarlo o podría rechazarlo, según lo que considere conveniente y sin necesidad de justificar su decisión. Dentro del principio de identidad va implícito el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de la prestación, tal cual aquella fue pactada, así como el derecho del deudor de no estar obligado a pagar entregando un bien diferente.

Debemos advertir que este principio resulta común a toda clase de obligaciones. Así, podemos leer este principio de la siguiente manera: «El acreedor de una prestación, no puede ser obligado a aceptar otra, aunque esta sea de mayor valor».

1.2. La conservación del bien

Uno de los principales problemas derivados del hecho de que el bien a entregar sea un bien determinado, es el relativo a su conservación, cuando su entrega se produce en un momento posterior al nacimiento de la obligación. Y es que el principio de identidad no solo implica entregar el bien acordado, sino, además, que el bien se encuentre en las condiciones en las que se obligó a entregarlo el deudor.

Las reglas que rigen esa problemática están recogidas en el artículo 1134 del Código. En el primer párrafo de dicha norma se impone al deudor la obligación de conservar el bien hasta su entrega, esto es, de realizar todos los actos conducentes a que el bien conserve, en el momento en que se efectúe la tradición al acreedor, todas las características que tenía al tiempo en que se generó la obligación; en el caso de los contratos, al momento de su celebración.

En el segundo párrafo se recoge el antiguo principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo tal que si un deudor se halla obligado a entregar un bien cierto, deberá hacerlo junto a sus accesorios. La ley establece como excepciones si lo contrario resultase de la propia ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Aunque el artículo 1134 establece quién debe adoptar las medidas orientadas a la conservación del bien, es el artículo 1141 el que determina a quién le corresponde asumir los gastos vinculados a esa conservación.

Según lo previsto en el citado artículo 1141 del Código, «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».

La norma, al referirse explícitamente al propietario y no al acreedor o al deudor, parte de una premisa que no constituye una idea universal en el ámbito del derecho de obligaciones, sino propia de los derechos reales. Así, se sustenta en la idea de que quien se obliga a entregar un bien, a su vez, asume una obligación de dar en propiedad. Esto, sin embargo, no ocurre siempre en el ámbito obligacional. En el campo del derecho de obligaciones interesa la obligación de entregar el bien; ello es lo relevante, más allá de que con esa entrega se transfiera o no —según lo convenido por las partes— la propiedad del bien.

A pesar de lo dicho, el artículo 1141, en última instancia, sí ofrece una regulación apropiada respecto de la problemática de la obligación de asumir los gastos de conservación del bien.

Siguiendo lo regulado en tal norma, la obligación de asumir los gastos que origina la conservación del bien se encuentra siempre a cargo de quien es el propietario del bien desde que nació la obligación y hasta que el bien es entregado. En algunos casos el propietario podría ser el deudor, en otros, en cambio, podría ser el acreedor. Ello dependerá de la naturaleza del bien (si el mismo es mueble o inmueble) y de la manera en que se pactó la obligación.

Al advertir que existen ocasiones en las cuales las circunstancias conllevan que los gastos de conservación del bien sean sufragados *de primera mano* por la persona que no es el propietario del bien, el legislador estableció como regla que este pueda exigir su derecho a ser reembolsado.

Sintetizando lo visto en esta parte, tenemos que la obligación de conservación siempre le corresponde al deudor, aunque los gastos de conservación le corresponden al propietario del bien, el cual puede ser deudor o acreedor, dependiendo del caso concreto. Si los gastos de conservación son asumidos por la persona a quien no le correspondía sufragarlos, sencillamente, tendrá derecho al reembolso, como lo establece esa misma norma.

1.3. Concurrencia de acreedores

Lo habitual es que cuando un sujeto (deudor) se obliga a entregar un bien, únicamente se obliga a entregar ese bien a una persona. Sin embargo, en ocasiones un sujeto (deudor), ya sea por mala fe o por error, se obliga a través de actos jurídicos independientes, a entregar el mismo bien no a una persona, sino a varias. En este cuadro, todas estas personas tendrían, en principio, derecho a recibir ese bien en virtud de la obligación que cada una celebró con el deudor.

La existencia de más de un acreedor, sin embargo, no ocasiona *a priori* un conflicto que deba resolverse por las reglas propias de la concurrencia de acreedores. Únicamente habría concurrencia de acreedores cuando dos o más de ellos se disputan la entrega del mismo bien.

Dentro de tal orden de ideas, las normas sobre concurrencia de acreedores no tienen por finalidad determinar quién es el propietario de un bien, no regulan la transferencia de propiedad; lo que determinan es quién tiene el mejor derecho para que el bien le sea entregado. Las reglas varían dependiendo de la naturaleza del bien. La concurrencia de bienes inmuebles se encuentra regulada en el artículo 1135 y la de bienes muebles, en el 1136 del Código. En uno y otro caso, esas reglas operan siempre dentro de un proceso judicial o arbitral.

Según el artículo 1135, el orden de prelación que deberá seguirse cuando concurren dos o más acreedores respecto de un mismo inmueble es el siguiente:

- Se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito.
- De no haber inscripción, se prefiere al acreedor cuyo título sea de fecha cierta anterior.
- De no haber inscripción y si ninguno de los títulos es de fecha cierta, se prefiere al de fecha más antigua.

Como se infiere, la concurrencia de acreedores de un bien inmueble no reviste problemas, pues simplemente debe seguirse el orden de prelación previsto. Al ser todos los inmuebles bienes registrables, esto es, susceptibles de inscripción en los Registros Públicos, resulta lógico que se le dé preeminencia a quien inscribió, con buena fe, pues en este caso la ley protege a aquel que cuida con mayor diligencia sus derechos.

En el caso de los bienes muebles, el tema encuentra su sustento normativo en el artículo 1136, en el cual se establecen las siguientes reglas:

- En primer lugar será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición (entrega) de él.
- De no haber habido tradición, se preferirá al que tenga título de fecha cierta más antiguo.
- Si no ha habido tradición y si ninguno de los títulos es de fecha cierta, se prefiere al de fecha más antigua.

Así, el legislador prescribe que si ya hubo tradición del bien, el acreedor a quien este ha sido entregado tiene preferencia y, en consecuencia, puede quedarse con el bien y ejercer el derecho que le corresponde según su título. La solución asumida tiene la virtud de no contradecir lo dispuesto en el artículo 947, que regula la transferencia de propiedad de bienes muebles. Recordemos que, salvo disposición legal diferente, la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor.

Delineadas las reglas, debemos precisar que entendemos a la buena fe a la que hacen referencia tanto el artículo 1135 como el artículo 1136, como sinónima de desconocimiento o ignorancia, pero siempre y cuando en ellos no haya mediado un actuar negligente por parte del acreedor. De lo contrario, ese acreedor no podría participar en la concurrencia.

Por otra parte, del análisis efectuado se desprende que siempre habrá un solo acreedor que sería preferido para la entrega del bien. Sin embargo, consideramos necesario distinguir según el título o causa eficiente del acreedor preferido.

Si el acreedor preferido recibe el bien a título de propietario, dicho acreedor no tendrá problema en el futuro; pero los demás acreedores verán frustradas sus expectativas referentes a la adquisición de sus respectivos derechos relativos al bien objeto de la prestación de dar. Consideramos lógico que el deudor de dicho bien deberá responder por una indemnización de daños y perjuicios, al haber inejecutado, culposa o dolosamente, las obligaciones que contrajo respecto de tales acreedores.

En el supuesto de que el acreedor preferido en la concurrencia tuviese un título que implicase únicamente el derecho de posesión, uso o disfrute temporal del bien, y otro de los acreedores (de los no preferidos) tuviese un título que le diese derecho a la propiedad del bien, al finalizar el plazo de posesión, uso o disfrute del bien —tal como fue establecido en la obligación— por parte del acreedor preferido, este deberá entregar el bien al acreedor no preferido, quien desde este momento lo poseerá como le corresponde; es decir, en calidad de propietario.

Para concluir, queda aclarar que la aplicación de las normas contenidas en los artículos 1135 y 1136 no excluye que el o los acreedores que se vean perjudicados por el incumplimiento del contrato que celebraron, puedan demandar al deudor cuya conducta ocasionó que padecieran esos daños y perjuicios. Además de la responsabilidad civil que podría configurarse, no se descarta —de tipificarse el delito de estafa— que puedan accionar también por la vía penal.

1.4. Teoría del riesgo

Esta teoría contempla las reglas que determinan quién debe asumir las consecuencias de la pérdida del bien cierto, cuando esta se produce en el periodo de tiempo comprendido entre el momento en que nace la obligación y el momento en que esta debe cumplirse.

El estudio de la teoría del riesgo nos impone, en primer término, determinar cuándo un bien se pierde, lo que implica remitirnos al artículo 1137 del Código. Esta norma, conformada por tres incisos, establece cinco casos que determinan la pérdida del bien.

El primero de los supuestos consiste en el perecimiento del bien. Cuando hablamos del perecimiento del bien, debemos tener en cuenta que los bienes por entregar pueden ser objetos inanimados o seres vivos. Si el bien es un ser vivo, el término «perecimiento» se identificará con la muerte. Cuando los bienes a entregar son objetos inanimados, el perecimiento se identifica con la destrucción total.

El segundo de los supuestos implica que no se produce el perecimiento o destrucción total del bien, sino su deterioro. En este caso el bien sigue existiendo, pero ha sufrido un daño parcial de una magnitud tal que lo hace inútil para el acreedor.

El siguiente de los supuestos contemplados es el de la desaparición del bien, la cual se tiene que dar de tal modo que suponga que no se tenga noticias de aquel. Si el deudor supiera dónde está el bien no se cumpliría el supuesto de pérdida por desaparición, en la medida de que podría recuperarlo y cumplir con su prestación. A efectos de que la obligación se extinga por la desaparición del bien, no interesa cuál fue la causa que originó dicha desaparición, lo determinante es el hecho de que el bien haya desaparecido y no se cuente con información que permita encontrarlo.

El cuarto de los supuestos es aquel en el cual el bien desaparece y a pesar de que se logra obtener información sobre su paradero o ubicación, no se pueda recuperar. En este caso, entonces, el bien cierto no se puede recuperar o su recuperación resulta en extremo onerosa y complicada.

El quinto supuesto consiste en que el bien queda fuera del comercio. El ejemplo típico es el de la expropiación. Un caso más frecuente sería aquel en el que, luego de celebrada la obligación, se emite una norma legal que prohíbe la comercialización del bien que el deudor se obligó a entregar.

Identificados los supuestos de pérdida del bien, debemos reiterar que la pérdida implica que la obligación no puede cumplirse. Y es que no se puede entregar un bien que se ha perdido. La pérdida del bien cierto, entonces, ocasiona la extinción de la obligación.

En este marco, el artículo 1138 del Código regula la teoría del riesgo, destinada a verificar cuál de las dos partes en la relación jurídica (el acreedor

o el deudor) es quien ante la imposibilidad de ejecución de la prestación o su deterioro, tiene que sufrir el riesgo por la pérdida de la contraprestación, si la hubiere, y eventualmente indemnizar por daños y perjuicios. Así, el legislador ha previsto qué supuestos podrían configurarse y, ante cada situación, ha establecido consecuencias jurídicas.

Analizando los diversos principios contenidos en el artículo 1138 del Código, advertimos que el inciso primero trata acerca del supuesto en el cual el bien se pierda por culpa del deudor. En este caso la ley considera lo siguiente:

- La obligación queda resuelta, deduciéndose ello de que ya resultará imposible ejecutar la prestación.
- El acreedor dejará de estar obligado a ejecutar su contraprestación, en el caso de tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas.
- El deudor estará sujeto al pago de una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiese causado al acreedor, de ser el caso.

Resulta claro que para el supuesto en el cual el bien se pierda por culpa (concepto dentro del cual se incluye obviamente al dolo) del deudor, la ley ha establecido el principio de que este sufre la pérdida de la contraprestación y queda sujeto al pago de la indemnización correspondiente.

El segundo párrafo del inciso primero establece algunos principios destinados a que el acreedor vea satisfechos, de la manera más expeditiva, sus derechos. En tal sentido, si el bien hubiese estado asegurado y el deudor recibiese una indemnización por la ocurrencia del siniestro, el acreedor podría exigir la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero, reduciéndose la indemnización de daños y perjuicios en los montos correspondientes.

El segundo párrafo citado también se refiere al caso en que exista concurrencia de culpas entre el deudor y un tercero, lo que significa que el acreedor podría exigir directamente la indemnización al tercero que contribuyó a causar el daño.

El inciso segundo del artículo 1138 contempla el caso en el cual el bien se deteriora por culpa del deudor. La determinación en cada supuesto de si ha habido pérdidas —en los términos del artículo 1137— o simplemente deterioro de la cosa, es una cuestión de hecho sobre la que no conviene generalizar en abstracto, sino atenerse a las circunstancias del caso, teniendo el deudor que proporcionar la prueba de esas circunstancias, según los principios generales vigentes al respecto. Si la cosa se hallase deteriorada en el momento de la entrega y el acreedor pretendiera que no lo estaba cuando se convino la obligación, incumbe al deudor la prueba de que el deterioro ya existía y que el acreedor lo tuvo en cuenta al contratar.

En el caso del artículo 1138, inciso segundo, se otorga al acreedor una opción entre:

- Resolver la obligación.
- Recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere.

En ambos supuestos, será procedente una indemnización de daños y perjuicios si estos se hubiesen producido en detrimento del acreedor.

El deterioro, para dar lugar a la resolución de la obligación, debe ser, por lo menos, apreciable, ya que si el bien se hubiese deteriorado ligeramente, no debería haber lugar a tal posibilidad.

El inciso segundo del artículo 1138 también otorga al acreedor los derechos a percibir la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, del monto que el deudor del bien recibiese como indemnización por concepto del contrato de seguro concertado con alguna compañía de este ramo; o, de estar frente al supuesto, de exigir la reparación a un tercero que hubiera contribuido con la culpa del deudor a ocasionar la pérdida del bien. De lo señalado, resulta evidente que en el inciso segundo del artículo 1138 también se ha adoptado el principio por el cual el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufrirá el deudor.

Por otra parte, el inciso tercero del artículo 1138 del Código regula un supuesto distinto: aquel en el cual el bien se pierde por culpa

(evidentemente, también se incluye al dolo) del acreedor. En este caso el riesgo de pérdida de la contraprestación debe ser asumido por el acreedor, ya que obedecería a su actuar culposo (o doloso) que la prestación se hubiera perdido (comprendiendo dentro de la pérdida a cualquiera de los supuestos establecidos por el artículo 1137). Así, la consecuencia de dicha pérdida será que la obligación del deudor quede resuelta, conservando el deudor el derecho a recibir del acreedor culpable, el pago de la correspondiente contraprestación (en caso de ser un contrato de prestaciones recíprocas). Adicionalmente, este inciso prescribe que si el deudor obtuviese algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor, con lo cual se evita que la imposibilidad beneficie al deudor más allá de lo que representaba el valor del bien.

Luego, el inciso cuarto del artículo 1138 contempla el supuesto en que el bien se deteriore por culpa del acreedor, caso en el cual este tendrá la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere. Solución lógica y justa, sin duda.

El inciso quinto del artículo 1138 contempla el supuesto de pérdida del bien sin culpa de las partes (acreedor ni deudor). Para este caso, la ley pudo optar entre cualquiera de los siguientes tres principios:

- El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor.
- El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el acreedor.
- El riesgo de pérdida de la contraprestación lo asumen, por igual, acreedor y deudor.

Reconociendo que ninguno de los principios mencionados constituye uno de justicia absoluta, y que más bien este problema se resuelve con una norma legislativa, el Código peruano de 1984 ha optado por el primero de ellos; vale decir, por aquel que sostiene que en caso de pérdida del bien sin culpa de las partes, el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufra el deudor.

La regla contenida en el inciso quinto del artículo 1138, en tanto se funda en la interpretación de la voluntad presunta de las partes, es meramente dispositiva, lo que implica que puede ser excluida por los contratantes si así lo prefieren. En ejercicio de su autonomía privada, ellos podrían colocar el riesgo con cargo al acreedor y decidir que este se hallará sujeto a cumplir con su propia obligación, aunque un caso fortuito o de fuerza mayor le impida a la otra parte cumplir con la suya; o, incluso, compartir los riesgos entre acreedor y deudor.

Por otra parte, la solución planteada por el inciso sexto del artículo 1138 al tema del deterioro del bien sin culpa de las partes, recoge el mismo principio que el inciso anterior, en el sentido de que es el deudor quien asume el riesgo de la contraprestación como consecuencia del deterioro, y le corresponden los derechos y acciones que él pueda originar.

Para concluir, conviene aclarar que el ámbito de aplicación general del artículo 1138, al igual que del resto de normas de obligaciones de dar, corresponde a la generalidad de aquellas y no solo a las obligaciones de dar que impliquen transferir la propiedad de un bien.

De igual manera, resulta importante precisar que, conforme a lo prescrito en el artículo 1139 del Código, se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya. Esa presunción, sin embargo, es *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario.

Más aún, resulta importante advertir que la teoría del riesgo se aplica, en realidad, a todas las obligaciones. Y es que sus reglas son aplicables a aquellos casos en que la ejecución de la prestación se torna imposible.

II. OBLIGACIONES DE DAR BIENES INCIERTOS

Bien incierto es aquel que, al constituir el objeto de una prestación de dar, no se encuentra determinado, pero es determinable. Nuestro ordenamiento jurídico exige como requisitos mínimos para los bienes inciertos o determinables, que estos estén especificados—cuando menos—

en su especie y cantidad. Para cumplir con la obligación de entrega, será necesario que se realice una elección, la que supondrá que el bien incierto se convierta en uno cierto.

En este punto debemos diferenciar a los bienes inciertos (aquellos susceptibles de determinación) de los bienes fungibles. Fungibles son aquellos bienes susceptibles de sustituirse unos por otros, siendo esta situación indiferente para el cumplimiento de una prestación, ya que en el caso de los bienes fungibles, cualquier individuo es prácticamente idéntico a otro y no hay forma de identificar o distinguir a uno de otro. En los bienes fungibles no se realizará una elección en sentido estrictamente jurídico, sino una individualización en el sentido común de la palabra. Entonces, la diferencia esencial entre lo incierto y lo fungible es que en el primer caso siempre habrá que elegir, porque los individuos de la especie son diferentes; en lo fungible, en cambio, no hay que elegir, lo único que hay que hacer es individualizar el bien antes de realizar el pago, lo que puede tener una enorme injerencia en la teoría del riesgo.

Al acreedor no le afecta que el bien fungible individualizado con el que iba a pagarle el deudor se pierda, pues esa individualización no ha generado que el bien sea un bien cierto e insustituible; y, por lo mismo, esa pérdida no va a ocasionar que la obligación se extinga, habida cuenta de que el deudor tendría que entregar otro bien igual al que se perdió. En el caso de los bienes inciertos esto es distinto, en la medida en que la elección convierte al bien en uno cierto; y, por ende, insustituible, por lo que su pérdida sí extinguiría la obligación.

Habiendo distinguido ambos tipos de bienes, corresponde referirnos a las reglas de elección del bien incierto cuya aplicación es necesaria para que la obligación de dar pueda cumplirse.

El artículo 1143 del Código dispone, en su primer párrafo, que en caso de que la obligación verse sobre bienes determinables de los cuales haya que escoger alguno de ellos para cumplir con su entrega, la elección corresponderá al deudor de dichos bienes. Pero podría ocurrir que no sea al deudor a quien corresponda efectuar dicha elección si esto se dedujese

de la propia ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. De no corresponder al deudor la elección del bien, ella la hará el acreedor o un tercero, al cual las partes de común acuerdo hubiesen encomendado tal misión. Cualquiera de estas dos últimas situaciones es perfectamente posible.

El punto que despierta mayor interés en el artículo 1143 es el relativo a los requisitos que debe reunir el bien por escoger en relación con quien efectúe la elección. Estos requisitos o límites que buscan que ni el deudor ni el acreedor se perjudiquen son los siguientes:

- Si se tratase del deudor, este deberá escoger bienes de calidad no inferior a la media.
- Si correspondiese al acreedor, deberá escoger bienes de calidad no superior a la media.
- Si correspondiese a un tercero, este deberá escoger bienes de calidad media.

Esta norma, que tiene carácter dispositivo; y, por tanto, permite su derogación por convención en contrario, utiliza como referencia el criterio de la «calidad media». Lo cierto es que no resulta fácil definir qué se entiende por calidad media de un bien. La aplicación de este criterio hace necesario analizar cada caso en particular.

Cuando se trata de una especie muy amplia, es necesario circunscribir nuestras consideraciones respecto de la calidad media, al ambiente geográfico donde se ha pactado o donde se cumplirá la prestación, pues de lo contrario, sería impracticable la aplicación de la elección del bien que se tuviese que entregar. Pero aun así podría resultar imposible la aplicación del criterio de la calidad media. No obstante ello, en estos casos el elemento «valor» jugará un papel extremadamente importante.

Como regla, la elección solo surte efectos cuando es comunicada a la contraparte; mientras ello no ocurra, se considerará que esta aún no ha sido realizada. Cuando la elección la realiza un tercero, se considerará efectuada cuando ese tercero comunique su decisión a las dos partes.

Ahora, en el momento en que la elección es comunicada, se considera efectuada y, como consecuencia, esa obligación que nació siendo de dar un bien incierto, se habría convertido en una obligación de dar un bien cierto; y, por lo mismo, ya no le serían aplicables las normas sobre obligaciones de dar bienes inciertos, sino aquellas que regulan las obligaciones de dar bienes ciertos.

Cabe advertir que la elección hecha por el deudor no solo se puede comunicar con anticipación al pago; es también posible que se dé al momento mismo del pago. Ello no ocurre con los otros supuestos. Y es que, como resulta lógico, si las partes hubiesen pactado que el encargado de la elección fuese el acreedor o un tercero, sería prácticamente imposible que este comunicara su elección y, en instantes, el deudor realizara el pago.

Conviene señalar que la elección se considera efectuada aunque esta sea arbitraria o, incluso, ilegal por escapar a los parámetros establecidos en la ley. De ser ese el caso, esto es, si el deudor eligió injustamente, el acreedor va a tener derecho a impugnar la elección. La posibilidad de impugnar la elección también existirá en los supuestos en los que se pactó que un tercero sea quien la realizara y dicho tercero no haya respetado los parámetros legales.

Por último, debemos señalar que, como regla, antes de la elección del bien, el deudor no puede eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa. Esta regla tiene una excepción; a saber, que la elección deba efectuarse entre determinados bienes de la misma especie y todos ellos se pierden sin culpa del deudor.

Lo precisado permite advertir que al examinar la pérdida de un bien incierto, debe tenerse en cuenta que bastaría la subsistencia de uno de los bienes constitutivos de la especie para que el deudor pueda cumplir con su prestación, la que en este caso tendría por objeto el bien que subsistió.

En un caso como éste, lo que se produciría sería una concentración anormal de la prestación. Esta concentración sería anormal ya que lo normal es que la voluntad humana determine la elección, pero a veces, como en este caso, lo que la determina son factores externos a la voluntad de quien debía realizarla.

TÍTULO II. OBLIGACIONES DE HACER

Las obligaciones de hacer son aquellas por las cuales el deudor se compromete a realizar un servicio o una obra.

Estas obligaciones tienen una doble subclasificación. Por un lado, tenemos a las obligaciones de hacer que concluyen en un hacer propiamente dicho; y, por otro lado, tenemos a las obligaciones de hacer que concluyen en un dar. En este último caso, aunque la entrega no sea lo que impone la característica de la obligación, igualmente es exigible, pues, de lo contrario, la ejecución de la prestación le sería inútil al acreedor.

Pueden presentarse casos en los que resulte más que complicado determinar si se trata de una obligación de hacer que termina en una de dar, o si se trata de una obligación de dar propiamente dicha. Esta dificultad, sin embargo, no tiene mayor injerencia práctica, ni en lo que concierne al cumplimiento de la obligación por parte del deudor, ni en lo que respecta a la posibilidad del acreedor de exigir tal cumplimiento. Y es que independientemente de las dudas en torno a su calificación, ambas partes van a saber en qué consiste la obligación y, por consiguiente, va a ser claro si se cumple o no se cumple con ella.

Las obligaciones de hacer pueden subclasificarse, también, en aquellas que pueden ser ejecutadas por cualquier persona y aquellas obligaciones que son *intuitu personae*.

I. SOBRE QUIÉN PUEDE CUMPLIR LA OBLIGACIÓN

Es principio general que la prestación objeto de la obligación de hacer puede ser cumplida o por el deudor o por persona distinta a este. Esta regla, empero, no solo es de aplicación a las obligaciones de hacer, sino a todas las obligaciones.

La regla tiene tres excepciones. La primera no amerita mayor explicación, en la medida en que constituye la manifestación del ejercicio de la autonomía privada de las partes. Si el deudor y el acreedor pactaron

que únicamente el primero podría ejecutar la prestación, no sería posible que un tercero lo hiciera.

La segunda no emana del acuerdo entre las partes, sino del carácter *intuitu personae* de la obligación. Las obligaciones *intuitu personae* son aquellas que se contraen teniendo en especial consideración las cualidades o características de uno de los sujetos de la relación obligatoria, esto es, del deudor o del acreedor.

Por último, la tercera de las excepciones se configura cuando es la ley la que impide que un tercero ejecute la obligación.

II. PLAZO Y MODO DE CUMPLIMIENTO

Según lo previsto en el artículo 1148 del Código, 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.

De existir plazo, la obligación deberá ejecutarse dentro de este. Ni antes, ni después. Si el plazo fuese suspensivo, a partir de este, y si fuese resolutorio, hasta su advenimiento. Si la obligación se ejecuta dentro del plazo, se considerará que ha habido un cumplimiento oportuno de esta (pago).

De no existir plazo, la obligación deberá ejecutarse inmediatamente después de contraída la obligación, conforme a lo previsto por el artículo 1240 del Código, con la limitación contemplada por el artículo 182 del Código, el que prescribe que en caso de no haberse señalado un plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que se ha querido conceder al deudor, entonces el juez fija su duración. También será el juez quien fijará la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o de un tercero y estos no lo señalaren. Esta clase de demandas se tramitan como proceso sumarísimo.

En lo que atañe al modo para el cumplimiento de la obligación, debemos señalar que este está referido a la forma o manera en que deberá

ejecutarse la obligación. Cuando no se ha pactado nada en torno a esto, el deudor deberá cumplir en el modo exigido por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

La naturaleza de la obligación alude, a nuestro entender, a las condiciones en que, generalmente o de acuerdo con el caso en particular, deba ser ejecutada una obligación del tipo de la que se ha celebrado. Es decir, que deberán considerarse una serie de elementos, tales como una adecuada interpretación de las condiciones (cláusulas) pactadas en el contrato; si el deudor acostumbra realizar prestaciones similares a las que se ha obligado a ejecutar; anteriores obligaciones similares pactadas entre las partes; idóneos criterios de razonabilidad, sobre la base de los cuales el cumplimiento de la prestación sea lo más adecuado a lo pactado por las partes y haga que a través de su ejecución el contrato revista la mayor justicia o equidad.

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

III. OPCIONES DEL ACREEDOR POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

El artículo 1150 del Código se refiere al supuesto en el cual el deudor hubiese incumplido con ejecutar la totalidad de la obligación. De acuerdo a lo previsto en esta norma, el acreedor tendrá tres opciones.

En primer lugar, podrá exigir en la ejecución forzada del hecho prometido en la vía judicial, a menos que sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor. Sin embargo, queremos hacer aquí una distinción. En lo que respecta al hacer propiamente dicho de la obligación, alcanzará plena vigencia esta norma, pero distinto será el caso en el cual el deudor ya hubiese cumplido con el hacer propiamente dicho, pero le faltase el dar para concluir con la ejecución de su prestación.

De no poderse optar por exigir la ejecución forzada y siempre que la obligación no sea *intuitu personae*, el acreedor podrá exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este. Para poder encargar la ejecución de la prestación a persona distinta del deudor, por cuenta de este, será necesaria la existencia de una resolución judicial en tal sentido. El mayor importe que perciba dicho tercero, y que deberá ser asumido en primera instancia por la persona del acreedor, podrá ser posteriormente cobrado por este último al deudor incumpliente. Por ello se exige autorización judicial.

Por último, al acreedor que se vea imposibilitado de hacer valer su derecho a través de cualquiera de las dos primeras alternativas planteadas, solo le quedará optar por la tercera de las opciones reguladas en el referido artículo 1150; a saber, demandar judicialmente que se declare sin efecto la obligación incumplida.

Pero, consideramos que este no será el único caso en el cual se pueda optar por la solución prevista por el inciso tercero del artículo 1150, ya que bien podría optarse por dejarse sin efecto la obligación si el acreedor ya no tuviese interés en su cumplimiento.

IV. OPCIONES DEL ACREEDOR POR EJECUCIÓN PARCIAL, TARDÍA O DEFECTUOSA

Por su integridad, podrá tratarse de un cumplimiento parcial, íntegro o excesivo; en segundo lugar, de acuerdo con la oportunidad de su ejecución, podríamos hablar de un cumplimiento anticipado, oportuno o tardío; en tanto que por la forma o manera como se ejecuta la prestación, el cumplimiento puede ser defectuoso, adecuado o más que adecuado (categoría esta última que, en estricto, representa un cumplimiento no adecuado). Podríamos decir que el primer criterio responde a la pregunta ¿cuánto se ejecuta?; el segundo a la interrogante ¿cuándo se ejecuta?; en tanto que el tercero, a la pregunta ¿cómo se ejecuta?

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

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

De acuerdo con el artículo 1151 del Código, el acreedor tiene cuatro alternativas ante el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación por culpa del deudor. Se trata de las siguientes:

En primer término, ejercitar las opciones previstas en los incisos 1 ó 2 del artículo 1150 que ya hemos comentado, a saber:

- Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
- Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este.

Podría, sin embargo, optar por considerar no ejecutada la prestación si resultase sin utilidad para él. Así, la línea divisoria en materia de aceptar o no un cumplimiento defectuoso va a estar precisamente demarcada por el acreedor en lo que respecta a la utilidad del cumplimiento de esa prestación para él. Cabe destacar que la utilidad no va en función de lo que el acreedor obtenga como ganancia por la ejecución de la prestación, sino por los términos pactados.

De otro lado, podría exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial. Si se optase por este segundo camino, se requeriría una resolución judicial que facultara el actuar del acreedor. De lo contrario, no podría cobrar al deudor lo gastado, y solo podría accionar por la vía de la indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto es discrecional.

Como cuarta alternativa, el acreedor podría aceptar la prestación ejecutada y exigir que se reduzca la contraprestación si la hubiere.

V. DERECHO DEL ACREEDOR A SER INDEMNIZADO

Lo regulado en los artículos 1150 y 1151 del Código parte de la premisa de que el incumplimiento total de la prestación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, se debe a culpa (leve o inexcusable) o dolo del deudor. Partiendo de esta misma premisa, en el artículo 1152 se dispone que el acreedor tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que esas situaciones le hubieran ocasionado.

Debe tenerse en cuenta que la obligación de indemnizar daños y perjuicios al acreedor no es una facultad del deudor. Este no puede librarse del cumplimiento de la obligación ofreciendo el pago de un resarcimiento; lo que equivale a decir que no puede ofrecer la sanción para cometer el ilícito.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el tema de reclamo de la indemnización por daños y perjuicios no es necesariamente una vía independiente; es posible combinarla con la ejecución forzosa, o con la resolución del contrato, o que se exija junto a la autorización judicial para que otro ejecute la prestación a cuenta del deudor.

TÍTULO III. OBLIGACIONES DE NO HACER

Por las obligaciones de no hacer una persona se compromete a una abstención; vale decir, a no hacer algo, y ese no hacer algo comprende también el no dar, de aquí que se les conoce con el nombre de obligaciones

negativas. Su ejemplo más representativo es, sin duda, la obligación de guardar un secreto.

De producirse el supuesto de inejecución de la obligación de no hacer por culpa del deudor, la ley otorga tres alternativas por las que puede transitar el acreedor (artículo 1158 del Código).

En principio, en los supuestos en los que el deudor incumple una obligación de no hacer, el acreedor puede exigir la ejecución forzada de la obligación. Para ello, las autoridades judiciales tendrían que aprobar que se destruya lo hecho a costa del deudor o exigir que se destruya, a menos que se trate de un caso en el cual no sea posible la ejecución forzada.

Como segunda alternativa, si la obligación de no hacer consiste en no ejecutar alguna obra, y el deudor incumple su compromiso, el acreedor podría plantear una medida cautelar, a fin de que se destruya lo ejecutado. De no plantear un interdicto, el acreedor podría iniciar un proceso de conocimiento e invocar el derecho establecido en la primera parte del inciso segundo del artículo 1158 del Código peruano. En este caso, el acreedor tendría una opción entre:

- Destruir personalmente lo ejecutado de manera indebida por el deudor y cobrar a este último los gastos que hubiera efectuado con motivo de tal destrucción (previa autorización judicial).
- Contratar a un tercero para que destruya lo ejecutado indebidamente por el deudor, pagarle a dicho tercero y cobrar posteriormente este monto al deudor incumpliente (también con previa autorización judicial).

Si el incumplimiento de la obligación fuese irreversible (como, por ejemplo, revelar un secreto), lo único que le quedaría al acreedor perjudicado es dejar sin efecto la obligación.

Al igual que para los supuestos de inejecución de obligaciones previstos para las obligaciones de dar y de hacer, el artículo 1159 del Código dispone —en el caso de las obligaciones de no hacer— que se inejecuten

por culpa del deudor, que el acreedor tendrá derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

TÍTULO IV. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

I. OBLIGACIONES CON OBJETO PLURAL

Una obligación puede tener por objeto más de una prestación, lo que determina el segundo criterio clasificatorio de las obligaciones, el que las distingue en obligaciones conjuntivas, *obligaciones alternativas* y *obligaciones facultativas*.

Dado que la obligación alternativa, la facultativa o la conjuntiva siempre tendrán alguna o algunas prestaciones de dar, de hacer o de no hacer, sigue siendo aplicable todo lo que hemos venido desarrollando sobre las obligaciones de dar, de hacer y no hacer.

II. OBLIGACIONES CONJUNTIVAS

El Código, como casi todos los códigos civiles del mundo, no regula las obligaciones conjuntivas, pues sigue criterios básicos de lógica y razón, de modo tal que resulta innecesario que una norma legal establezca algo específico respecto de ellas.

Una obligación conjuntiva es aquella que tiene dos o más prestaciones y todas deben ser ejecutadas. Todas las prestaciones que constituyen su objeto se consideran prestaciones principales. Así, independientemente de su valor subjetivo para el acreedor o para el deudor, o de su valor económico, todas las prestaciones tienen igual jerarquía jurídica.

El ejemplo típico de una obligación conjuntiva es aquella que nace con la celebración del contrato de viaje. La agencia de viajes se compromete a ejecutar distintas prestaciones (contratar con la aerolínea, con el hotel, entre otros) y debe cumplirlas todas. Así, en el contrato de viaje nacen varias prestaciones: reservar pasajes, reservar hotel, encargarse del *tour* y preparar una fiesta en una discoteca. En este caso, entonces, no es que

existan cuatro obligaciones distintas, sino que hay una obligación cuyo objeto plural consiste en cuatro prestaciones.

A efectos de determinar si se trata de un conjunto de obligaciones distintas o de prestaciones objeto de una misma obligación, hay que verificar si las prestaciones tienen relación entre sí. En caso de que no hubiese relación entre las diversas prestaciones, podríamos afirmar que no se trata de una obligación conjuntiva, sino de diversas obligaciones, cada una de las cuales podría considerarse como de objeto simple. Cada obligación sería, en tal sentido, independiente de las demás.

Cabe advertir que, pese a que las obligaciones conjuntivas no se encuentran reguladas en los códigos del mundo, lo cierto es que se contraen con bastante frecuencia en la práctica. Además del caso del contrato de viaje ya citado, podríamos mencionar, también a manera de ejemplo, el contrato de arrendamiento. En este, el arrendatario se compromete a pagar todos los meses la renta. Cada pago que realiza constituye el cumplimiento de una prestación, de modo que el pago de febrero es jurídicamente independiente al pago de marzo. Pese a ser prestaciones independientes, existe relación entre todas ellas, en tanto constituyen la renta en ese contrato de arrendamiento.

En la práctica resulta más o menos irrelevante si se trata de diversas obligaciones o prestaciones de una misma obligación; pues, a efectos del cumplimiento, se considera que las obligaciones de carácter conjuntivo tienen sus prestaciones unidas por la conjunción *y*. Esto significa, en buena cuenta, que el deudor no cumple si no ejecuta todo, lo que, en definitiva, no es otra cosa que la aplicación de uno de los tantos principios que tiene el pago, que es el principio de integridad.

III. OBLIGACIÓN ALTERNATIVA

En la obligación alternativa, al igual que en la obligación conjuntiva, todas las prestaciones tienen idéntica jerarquía jurídica; es decir, todas las prestaciones objeto de una obligación alternativa son prestaciones

principales, sin que importe el valor económico que represente cada una de ellas.

Ahora, a diferencia de la conjuntiva, en la obligación alternativa las diversas prestaciones no tienen que guardar relación alguna entre sí. Y esto por una razón muy sencilla: porque solo una de ellas se va a cumplir. De esta manera, en tanto solo una se va a ejecutar, no importa que aquella tenga o no relación con esas otras prestaciones que no van a cumplirse.

Como son varias prestaciones y va a ser necesario cumplir solo con una, aquí se va a producir algo que no pasa en la obligación conjuntiva: se tendrá que realizar un proceso de elección. En principio, la elección en una obligación alternativa la realiza el deudor; no obstante, se podría pactar también que la realice el acreedor o un tercero, siendo aplicable lo previsto en el artículo 1144 del Código. Es así que a falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo. Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección debe practicarla el acreedor. Si la elección se confía a un tercero y este no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquel el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

Más allá de lo señalado, lo relevante es que a efectos de esa elección no interesa para nada el criterio de calidad media, y ello es así porque sencillamente resultaría imposible aplicar el criterio de calidad media.

¿Cuál es la calidad media entre dar un millón de dólares, cantar una canción, dar un libro y guardar un secreto? No hay forma de determinarlo, ya que las prestaciones son diferentes. Dentro de tal orden de ideas, en esta obligación alternativa resultará absolutamente irrelevante cuál es la prestación que escoge el deudor para cumplir con respecto a su acreedor. El acreedor verá satisfecha su acreencia siempre que se ejecute la prestación que ha sido elegida, sin que pueda negarse a aceptar el pago aunque la prestación elegida tenga un valor económico menor al de las otras prestaciones.

Una vez realizada la elección y comunicada aquella a la contraparte, ya no hay vuelta atrás. La obligación alternativa deja de ser tal y se convierte en una obligación de objeto simple a la que, por lo mismo, le son aplicables las reglas propias de aquellas.

Lo anterior nos permite reconocer que en la elección de la prestación no necesariamente termina todo. Así, por ejemplo, la prestación elegida podría ser la de dar un bien incierto, por lo que su cumplimiento requeriría, primero, que el bien deje de ser incierto, es decir, que se realice una elección. En un caso como el planteado nos encontramos con dos procesos de elección. Un primer proceso es la elección de la prestación, en la que el criterio de la calidad media es irrelevante. En el segundo proceso, en cambio, ese criterio sí resulta determinante.

En ocasiones, la línea divisoria que separa una obligación de entregar un bien incierto y una obligación alternativa no es tan nítida.

Pensemos, por ejemplo, que «M» se obliga con «R» a entregarle uno de sus seis perros. En este caso es claro que se trata de una obligación de dar un bien incierto. Esa situación cambia si cada uno de esos seis perros tiene nombre propio y es, por ende, identificable. Sería, pues, distinto señalar que «M» tiene que entregar a «R» a Fido, o a Rintintín, o a Lassie, o a Scooby Doo, o a Coraje, el perro cobarde o a Devorador. En ese supuesto la obligación más parece una obligación alternativa.

Sobre este tema no hay acuerdo en la doctrina, por lo que la respuesta dependerá de cómo se haya pactado la obligación; y, además, del criterio con que se la quiere interpretar.

IV. OBLIGACIÓN FACULTATIVA

Este tipo de obligación se caracteriza por tener dos prestaciones, de las cuales el deudor solo va a tener que cumplir una de ellas, por lo que no importa que estas tengan o no relación. Una de esas dos prestaciones es la prestación principal y la otra, la prestación accesoria.

Para entender mejor esta figura pongamos un caso práctico. Imaginemos que una persona se obliga con otra a entregarle un plumón, pero se establece que si el deudor lo considera conveniente le podrá entregar un lapicero en vez de entregarle el plumón. En este supuesto, la prestación principal es la entrega del plumón, no obstante, el deudor puede liberarse de la obligación cumpliendo con la prestación accesoria, esto es, con la entrega del lapicero.

Las conclusiones que podemos inferir del cuadro que acabamos de delinear son varias. Primero, que las prestaciones objeto de la obligación no se encuentran en pie de igualdad; es decir, que no tienen el mismo valor jurídico. Una de las prestaciones constituye el objeto principal de esa obligación; la prestación principal. Segundo, que a pesar de que una prestación es la principal, el deudor tiene la facultad de liberarse de esa obligación sin necesidad de cumplir con la prestación principal, ya que en virtud de lo convenido, puede optar por cumplir con la prestación accesoria. Podemos decir, por ello, que la entrega del plumón está *in obligatione* y que la entrega del lapicero está *in facultate solutionis*. El deudor, en consecuencia, podrá liberarse ya sea si entrega el plumón o el lapicero.

Pese a que, como la mayoría de lectores puede percibir, hasta aquí el esquema descrito se asemeja mucho al de las obligaciones alternativas, lo cierto es que allí acaban las similitudes.

Esto, ya que en las obligaciones facultativas no hay turnos para escoger, es el deudor quien decide con cuál va a cumplir; de tal manera que el acreedor, si quiere requerir al deudor el cumplimiento de la obligación, lo único que le va a poder exigir es la prestación principal. El acreedor no tiene posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación accesoria, no tiene posibilidad de escoger. El deudor, en cambio, estará siempre en la facultad de cumplir con la prestación accesoria o, naturalmente, con la prestación principal.

Además, conviene señalar que la decisión que tome el deudor respecto a cuál de las prestaciones va a ejecutar, es, en definitiva, arbitraria.

No hay criterios como el de la calidad media, ni tampoco importa el valor de cada prestación.

Otra de las características más importantes de las obligaciones facultativas es que si la prestación principal hubiera devenido en imposible de cumplir, la prestación accesoria, en virtud del principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, también habría devenido en imposible, con lo cual, la obligación no podría ejecutarse. Por el contrario, si la prestación accesoria fuera la que deviniera en imposible, lo que ocurriría es que la obligación dejaría de tener objeto plural, para convertirse en una obligación de objeto simple, de modo tal que el deudor ya no tendría posibilidad de escoger, simplemente tendría que cumplir con la prestación principal.

Que una de las dos prestaciones sea la principal y la otra la accesoria se determina al momento del nacimiento de la obligación. Tengamos presente que es siempre del acuerdo de las partes (o de la ley, claro está) de donde se infiere ante qué tipo de obligación nos encontramos. No es que ellas señalen expresamente que se trata de una obligación alternativa, de una facultativa o de una conjuntiva. Ello se infiere del propio acuerdo, de cómo se ha pactado. Obviamente, en el caso de las obligaciones facultativas, sí es necesario indicar cuál de las prestaciones es la principal, de lo contrario, en realidad, se trataría de una obligación alternativa.

Ahora, en caso de duda, esto es, si no resulta claro si la obligación es alternativa o facultativa, la ley presume que es facultativa. Esta presunción acarrea, sin embargo, un inconveniente; a saber, determinar quién elige cuál de las prestaciones es la principal. Ese inconveniente no lo resuelve la ley, y ahí sí podrían surgir problemas, puesto que la interpretación que hagan de la situación el deudor y el acreedor podría no ser la misma. El deudor podría interpretar que es principal la que el acreedor interpreta como accesoria, lo que podría generar un conflicto que, reiteramos, nuestro Código no resuelve.

No obstante lo anterior, es muy difícil que se plantee un supuesto en que exista duda, porque no resulta común que se contraigan obligaciones

alternativas. No se le suele dar al deudor la posibilidad de elegir qué prestación ejecutará para liberarse de la obligación.

Las obligaciones facultativas son mucho más frecuentes. Así, gracias a lo dispuesto en el artículo 1237 del Código, aquel que se obligó a pagar en moneda extranjera no prohibida por leyes especiales, puede elegir entre entregar tal moneda, que es la prestación principal, o pagar en soles al tipo de cambio venta el día del pago, lo que es la prestación accesoria. La ley, entonces, establece esa facultad y, con ello, hace que las obligaciones facultativas sean un supuesto bastante común.

Tras revisar los tres tipos de obligaciones que pueden presentarse cuando la obligación tiene objeto plural, consideramos oportuno señalar que, en realidad, es posible mezclar cada una de ellas. Deudor y acreedor podrían contraer, por ejemplo, una obligación alternativa que tuviera las siguientes prestaciones:

- Primera prestación: entregar un millón de dólares y 300 000 soles.
- Segunda prestación: dar un libro y un lapicero.
- Tercera prestación: cantar una canción y recitar un poema.
- Cuarta prestación: guardar un secreto.
- Quinta prestación: pintar un cuadro y realizar una escultura.

Como puede observarse, entonces, podría haber una obligación con objeto plural en la que se combinaran las diferentes obligaciones de objeto plural.

TÍTULO V. OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES. OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

Estamos en presencia de una obligación con sujeto plural en los siguientes casos:

- Cuando hay dos o más deudores y dos o más acreedores.

- Cuando hay un solo deudor y dos o más acreedores.
- Cuando hay dos o más deudores y un solo acreedor.

Los criterios clasificatorios de obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias responden precisamente a la existencia de obligaciones con pluralidad de sujetos, ya sea de deudores, de acreedores o de ambos. En esencia, la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación responde a la naturaleza de la prestación. La mancomunidad o solidaridad responden a la forma de obligarse, es decir, dependen del acuerdo de las partes.

Cuando hay pluralidad de sujetos en la relación obligacional, esta, en cuanto a la naturaleza de la prestación, será de dar, de hacer o de no hacer, y podrá ser conjuntiva, alternativa o facultativa. Pero, necesariamente, será divisible y mancomunada, indivisible y mancomunada, divisible y solidaria o indivisible y solidaria. Toda obligación de sujeto plural tiene que ser, necesariamente, de una de esas cuatro combinaciones. No existe una quinta combinación, ni tampoco existe la posibilidad de encontrar una obligación divisible que solo sea divisible o una indivisible que solo sea indivisible.

I. OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Cuando concurren pluralidad de deudores o acreedores en una obligación, es necesario comprobar si se trata de una prestación susceptible de cumplimiento fraccionado por los deudores respecto del acreedor o acreedores de esta. Si el cumplimiento puede realizarse de modo fraccionado, la obligación es divisible. Si el cumplimiento únicamente es susceptible de realizarse íntegramente, la obligación es indivisible.

Así, son obligaciones divisibles aquellas en que cada uno de los acreedores solo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda. Por el contrario, la característica fundamental de las obligaciones indivisibles es que su

cumplimiento debe efectuarse de manera integral, no siendo susceptible de fraccionamiento alguno. Esto determina que un acreedor, algunos de ellos o todos los acreedores, puedan exigir el pago del íntegro de la prestación a cualquier deudor, a algunos de ellos o a todos los deudores.

Lo primero que debemos preguntarnos es si se puede dividir o no el pago. Al respecto, conviene resaltar que cuando la obligación consiste en dar sumas de dinero siempre vamos a hablar de obligaciones divisibles. En ese sentido, si la prestación de nuestro ejemplo consiste en entregar 60 000 soles, estos son susceptibles de dividirse. Siendo la prestación divisible y habiendo dos deudores, el acreedor no podría exigir a uno de ellos los 60 000 soles. El acreedor únicamente podría exigir 30 000 a uno y 30 000 a otro.

Si cambiamos el ejemplo y tenemos que un solo deudor le debe 60 000 soles a dos acreedores, ocurre esencialmente lo mismo. El deudor tendría que pagarle a cada uno de esos acreedores 30 000. Ninguno de los acreedores podría exigir —él solo— los 60 000.

Cuando nosotros hablamos de obligaciones divisibles, el cumplimiento de la prestación debe hacerse, en principio, de manera exactamente proporcional entre tantos deudores como acreedores exista. La ley presume esa proporcionalidad, no obstante, esa presunción es *iuris tantum*, ya que resulta válido pactar algo distinto. De esta forma, es perfectamente válido que se pacte —por ejemplo— que D1 tiene que entregar 59 000 soles y que D2 tiene que entregar 1 000. Pero, si no se pactara, se presume la división por partes exactamente iguales.

Ahora, existen obligaciones que por su naturaleza se van a poder dividir y aun así no van a ser obligaciones divisibles. Pensemos, por ejemplo, en una obligación que consiste en entregar cinco botellas de agua mineral de determinada marca, de 650 ml, con gas. Estas cinco botellas deben ser entregadas por dos deudores a un acreedor. Aunque, en principio, parecería que la obligación es divisible, no lo es, ya que cada deudor debería entregar dos botellas y media; y una botella no puede dividirse en dos. La obligación sí sería divisible si los deudores hubieran pactado

una proporción diferente. Así, la prestación sería divisible en caso de que, por ejemplo, hubieran convenido que uno de los deudores entregara tres de esas botellas y el otro, dos.

En general, entonces, podemos señalar que son tres los pasos que se deben seguir para determinar si una obligación es divisible o es indivisible. El primero consiste en analizar la naturaleza de la prestación, esto es, debemos fijarnos si es posible que la prestación se ejecute por partes. El segundo paso es determinar si es posible dividir esa prestación entre el número de acreedores y deudores que haya. El tercer paso es ver qué han pactado las partes, ya que ellas, en ejercicio de su autonomía privada, podrían convenir de manera ficticia la indivisibilidad. Y es que junto a la naturaleza misma de la prestación y el pacto, también encontramos como causa o fuente de indivisibilidad a la ley. La ley, a pesar de que una obligación sea susceptible de división por su naturaleza, puede imponer la indivisibilidad por las más variadas razones o circunstancias.

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

II. OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

La mancomunidad implica que a cada deudor no se le puede exigir el pago del íntegro, sino solamente su parte. Lo mismo si hay varios acreedores, pues cada uno solo tendrá derecho a cobrar su parte, no el íntegro. Por el contrario, cuando existen varios deudores y una obligación es solidaria, el acreedor le puede exigir a cualquiera de los deudores el íntegro de la prestación. En caso de que hubiera un solo deudor, este deudor le podría pagar el íntegro a uno de los acreedores.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1183 del Código, la solidaridad no se presume, solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa. Ello implica que las obligaciones con sujeto plural en las que la ley o el pacto no establezcan explícitamente su solidaridad, son obligaciones mancomunadas. La solidaridad no puede presumirse ni deducirse.

III. COMBINACIONES POSIBLES Y REGLAS APLICABLES

Los conceptos de divisibilidad e indivisibilidad, por una parte, y los de mancomunidad y solidaridad, por otra, no resultan incompatibles, sino que, por el contrario, son perfectamente complementarios.

De este modo, no porque se diga que se puede exigir el íntegro a cualquiera de los deudores, se le está asignando a una obligación indivisible todos los efectos de la solidaridad. Siendo aún más precisos, debemos decir que una obligación por ser indivisible, no tiene necesariamente que ser solidaria.

Las obligaciones divisibles, además de ser divisibles, necesariamente son mancomunadas o solidarias; y las indivisibles, además de ser indivisibles, necesariamente son mancomunadas o solidarias. No existe la posibilidad de encontrarnos con una obligación que no combine estos criterios. Por eso la calificación de una obligación con pluralidad de sujetos es una calificación doble. Primero que todo, hay que determinar su divisibilidad o indivisibilidad; y esa divisibilidad o indivisibilidad la identificaremos en razón de los criterios que la imponen y a los que ya hemos hecho

referencia: naturaleza, múltiplos (número de deudores o acreedores); y, por último, pactos de indivisibilidad. En segundo lugar, hay que establecer si esa obligación es mancomunada o solidaria, lo que implica establecer si las partes han pactado expresamente o no la solidaridad.

No existe una relación de causa a efecto, entre el carácter divisible o indivisible y el carácter mancomunado o solidario. No existe esa relación de causa a efecto porque la calificación de unas y otras se basa en criterios diferentes.

Las consecuencias jurídicas generadas por 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 no coinciden necesariamente. Entre la indivisibilidad y la solidaridad solo existe afinidad. Ambas pueden nacer de la ley, aunque la indivisibilidad, al igual que la solidaridad, 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.

Una obligación con sujeto plural necesariamente será: divisible y mancomunada; o divisible y solidaria; o indivisible y mancomunada; o indivisible y solidaria.

3.1. Obligación divisible y mancomunada

La obligación donde se conjugan las características de la divisibilidad y mancomunada 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 solo por su parte en la deuda y, a su vez, cada coacreedor solo puede exigir a cada codeudor la parte en el crédito que le corresponda.

El Código regula el tema de las obligaciones divisibles en los artículos 1172, 1173 y 1174. Las obligaciones mancomunadas, en cambio, solo tienen una norma que no dice mucho y que se encuentra contenida en el artículo 1182. En ella se establece que las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles. Entonces, si tenemos una obligación que es divisible y mancomunada, las reglas que debemos aplicar son las de las obligaciones divisibles.

3.2. Obligación divisible y solidaria

La divisibilidad nos dice que la deuda se divide entre tantos deudores como acreedores haya; es decir, que cada deudor solamente paga su parte y que cada acreedor únicamente cobra su parte. La solidaridad nos dice que los acreedores pueden cobrar el íntegro a cualquiera de los deudores. Siendo ello así, una obligación que es divisible y solidaria es una en la que el crédito y la deuda se dividen y a la vez no se dividen.

Las reglas de la divisibilidad y de la solidaridad son como el agua y el aceite. No podemos mezclarlas, no podemos aplicar unas normas de una figura y algunas normas de la otra.

La solidaridad implica fortaleza para el cobro, permite cobrar todo a un solo deudor, a cualquiera o a varios. La divisibilidad, por el contrario, implica debilidad para el cobro. Esta importante diferencia ha determinado que el legislador decida que las reglas que se apliquen cuando la obligación sea a la vez solidaria y divisible sean las reglas de la solidaridad.

3.3. Obligación indivisible y mancomunada

Prácticamente, todas las normas de las obligaciones indivisibles y solidarias son opuestas a los principios que el propio Código establece para las obligaciones divisibles y mancomunadas.

Las obligaciones indivisibles se rigen por los artículos 1175 a 1181, primer párrafo y, como hemos señalado, las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles.

A partir de lo anterior, podemos decir que en este supuesto, en principio, tendríamos la concurrencia de las reglas de las obligaciones divisibles y de las indivisibles, pero como no es posible aplicar ambos tipos de normas, solo podríamos aplicar una: las reglas de las obligaciones indivisibles.

3.4. Obligación indivisible y solidaria

La obligación indivisible y solidaria, finalmente, 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 propias de la indivisión en lo que respecta a los herederos del acreedor o del deudor, según lo previsto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código.

Existen en la práctica, sin embargo, algunos otros preceptos de las obligaciones indivisibles cuya aplicación se impone. De este modo, si realizamos una comparación en paralelo de las obligaciones indivisibles y solidarias en el Código, podemos comparar estas en veintitrés rubros distintos. En esos veintitrés rubros encontraremos muchas coincidencias; en algunos se van a aplicar las normas de la solidaridad, pero en algunos otros se van a aplicar las normas de la indivisibilidad.

IV. SOBRE EL COBRO Y EL PAGO DE LAS OBLIGACIONES CON SUJETO PLURAL

Si nos encontramos frente a una obligación divisible y mancomunada, no habrá la menor duda porque, como ya indicamos, cada deudor paga su parte y cada acreedor cobra exactamente su parte. Y cuando cada deudor ya pagó su parte, a ese deudor no se le puede cobrar ni un centavo más de aquello que ya pagó. Esto, entonces, no es problema.

Lo que sí resulta más complicado es cómo se procede cuando nos encontramos frente a una obligación indivisible o solidaria.

¿Cómo se cumple una obligación indivisible? La manera ideal de cumplirla sería haciendo que los deudores vayan conjuntamente a pagar a los acreedores y que estos reciban conjuntamente el pago, porque de esa manera todos estarían satisfechos con el cumplimiento de esa obligación; es decir, nadie tendría que reclamar nada, ni nadie tendría que reembolsar nada a nadie. En los hechos, sin embargo, no siempre el cumplimiento de estas obligaciones se va a producir de esa manera, puesto que hay situaciones en las cuales un deudor o uno de los codeudores no paga, ya sea porque es una persona insolvente, o porque es una persona renuente a pagar; o incluso podría ocurrir que no todos los acreedores tuviesen la misma disposición para cobrar que los demás.

Así, podría ocurrir que uno de los deudores sea un mal deudor y huya para no pagar. Entonces, si se diera un caso como el planteado; a saber, que una sola de las personas estuviese dispuesta a pagar o que la otra no pudiera o no quisiera; eso no constituiría ningún obstáculo para que a la persona cuyo patrimonio está expuesto a dicho pago se le cobre, y se le cobre el íntegro. Ello sería así ya que, simplemente, no cabe otra posibilidad.

En este supuesto, el buen deudor que sí quiere pagar no podría hacer demasiado. Los acreedores no tendrían por qué asumir el problema del buen deudor y podrían cobrarle a todos juntos o a cualquiera. Si el buen deudor paga, los acreedores ven satisfecho su crédito y ya no podrían reclamarle nada al mal deudor.

Ahora bien, el buen deudor, luego de pagar, sí tendría derecho a reclamar al mal deudor la parte que le corresponde en la relación interna.

Y es que en materia de los deudores y acreedores hay dos tipos de relaciones. Una relación a la que por razones metodológicas denominaremos *relación externa*, y otra a la que llamaremos *relación interna*. La relación externa es la que mantienen los deudores respecto a los acreedores, o los acreedores respecto a los deudores. La relación interna es la que se da

por un lado a nivel de los deudores; y, por otro, a nivel de los acreedores, esto es, cómo se arreglan entre sí los deudores a efectos del pago y cómo se arreglan entre sí los acreedores respecto del cobro. La relación interna siempre nos plantea una situación divisible y mancomunada.

En los casos en que la obligación es indivisible, el pago se le podría exigir a uno solo de los deudores y, de realizarlo, ello implicaría la extinción de la relación externa con los acreedores, pero no de la relación interna con su codeudor.

Precisado esto, cabe resaltar que, cuando la obligación es indivisible y mancomunada, ese pago tendría que ser exigido por todos los coacreedores. Es necesario que intervengan los tres en la medida de que estos tres acreedores en una obligación indivisible no se representan entre sí. Y es que el hecho de haber convenido una obligación indivisible y ser, por ello, coacreedores de una obligación de esa naturaleza, no implica que entre ellos surja algún tipo de representación, como sí ocurre cuando la obligación es solidaria.

Si bien lo ideal sería que aquellos que fuesen a cobrar lo hiciesen contando con poder del otro o de los otros, existe la posibilidad de que uno solo de los coacreedores cobre. No obstante, para cobrar, ese acreedor tendría que constituir garantía en favor de sus coacreedores. Tal garantía tiene siempre la finalidad de asegurar a los coacreedores que aquel que está cobrando la obligación va a reembolsarles la parte de la acreencia que les corresponde.

En el caso de la relación interna de los deudores de una obligación indivisible o solidaria, todo se arregla en dinero. Pero, cuando hablamos de la relación interna de los acreedores, no siempre se va a aplicar la regla de que todo se soluciona de tal modo. Ello ocurre porque cuando se recibe un bien, no es que uno lo reciba y les dé a los otros la parte del valor del bien, pues en eso no consiste la obligación para los tres acreedores; la obligación consiste en que los tres son acreedores de ese bien. Por lo tanto, los tres tendrán, sea cual fuere el tenor de esa obligación, los mismos derechos sobre el bien. Eso significará que, en este caso, si se hubiesen obligado

a entregarle el bien en propiedad, los tres acreedores se convertirían en copropietarios del bien. Como es lógico, si en cambio los deudores se hubiesen obligado a prestarles el bien por un fin de semana, los tres acreedores tendrían derecho a usar el bien el fin de semana.

Lo que ocurre con esta garantía es que, en buena cuenta, lo que se puede garantizar, no es sino algo que se pueda pagar en dinero. Aquí no hay otra posibilidad, no hay otra salida.

Una garantía que no se traduzca en un *dar algo* no serviría de nada. Esto ha determinado que se establezca la garantía del reembolso respecto de la parte de la obligación que corresponda, lo que no implica otra cosa que la valorización de la prestación.

Entendido esto, conviene resaltar que la garantía tiene un rol esencial, no solo porque resguarda el derecho de los acreedores que no están exigiendo el pago, sino también porque puede determinar que ese pago se dé o no.

El deudor o, de ser el caso, los deudores a los que uno solo de los acreedores les exige el pago de la obligación indivisible sin presentar ni un poder que lo legitime a representar a sus coacreedores ni, en su defecto, la correspondiente garantía, podrían o, mejor dicho, deberían denegar el pago. En efecto, en esas circunstancias, los deudores no tendrían que realizar el pago, pues si lo hicieran, ello sería bajo su riesgo y podrían verse perjudicados. Y es que los coacreedores no perderían la condición de acreedores, ya que quien cobró no era un acreedor que estaba facultado para cobrar el íntegro y los deudores le pagaron indebidamente el íntegro.

Lo anterior nos enseña dos cosas muy importantes. Primero, que cuando uno es acreedor de una obligación indivisible debe tener la diligencia y la previsión de cobrar en el momento oportuno, conjuntamente con los demás acreedores. Y, segundo, que cuando uno es deudor de una obligación indivisible respecto de dos o más acreedores, también debe ser diligente y tener cuidado de que el pago que realice no sea un pago indebido.

En esta parte es bueno explicar que existen tres tipos de solidaridad:

- La solidaridad pasiva, que surge en todos los casos en los que en una obligación hay más de un deudor y un solo acreedor.
- La solidaridad activa, que se configura en los supuestos en los que hay más de un acreedor y un solo deudor.
- La solidaridad mixta, que se presenta cuando hay más de un deudor y también más de un acreedor.

Cuando se habla de la utilidad de la solidaridad, nos referimos, fundamentalmente, a la solidaridad pasiva y a la solidaridad mixta, dado que lo importante en materia de obligaciones solidarias es encontrarnos frente a una pluralidad de patrimonios en la parte pasiva de la obligación.

En la solidaridad activa no hay ninguna ventaja porque podría haber un número mayor de acreedores, pero ello no cambiaría en nada los beneficios para cobrar de una manera más fácil y más segura. Si solo hay un deudor y este, por ejemplo, deviene en insolvente, su patrimonio no responde por la deuda. Entonces, ahí, la utilidad de la solidaridad se referirá, fundamentalmente, a las facilidades de representación para cobrar que tendrán los acreedores, pero no respecto de los patrimonios que pueden atacar.

Durante mucho tiempo, cuando se intentó explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad, esta se quiso explicar a través de la figura de la representación. Así, se sostenía que, en esencia, la solidaridad era una especie de representación. Esa teoría, sin embargo, ya no está vigente y hoy la naturaleza jurídica de la solidaridad solo se explica a través de la solidaridad misma. No hay otra figura que explique a la solidaridad simplemente porque —como reconoce la doctrina, la legislación y la jurisprudencia— ella es una figura con autonomía conceptual.

La razón por la que durante tanto tiempo se le mezcló con la representación es que la solidaridad tiene rasgos en los que existe representación. Y es que al pactarse una obligación solidaria, los acreedores se representan entre sí, de modo tal que lo que haga un acreedor recae, en muchos aspectos (no en todos), en la esfera jurídica de los demás, especialmente, en lo que respecta al tema del cobro.

De este modo, si hubiera tres acreedores solidarios y estos tres lo fueran con respecto a un automóvil, el cobro de esa obligación podría ser hecho por los tres juntos, por dos de ellos o por uno solo. Y ello es así porque todos son acreedores de una obligación solidaria y esa sola circunstancia les otorga un cierto grado de representación a efectos del cobro.

Si cobra uno de los acreedores solidarios, cobran los tres². No hay necesidad de otorgar poder, cualquiera de los acreedores solidarios puede cobrar; de aquí que es necesario tener mucho cuidado para saber con quién uno contrae una obligación como coacreedor solidario. Y es que por más de que el derecho otorga mecanismos para que aquel que se ha visto perjudicado por el actuar desleal de su coacreedor pueda accionar en su contra, lo cierto es que ése que se ha visto perjudicado ya tendría un problema.

Es importante subrayar también que el deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado solo por uno, como se indica expresamente en el artículo 1185 del Código.

Es bueno señalar que si bien es cierto que en las obligaciones solidarias se le puede exigir el íntegro a cualquiera de los deudores de la prestación, no es menos cierto que el o los acreedores no tienen la obligación de cobrar ese íntegro. Los acreedores podrían aceptar un pago fraccionado, pero de lo que se tendrían que cuidar es de que si a este deudor le cobran 20 000 soles de los 60 000 soles que les adeuda, cuando les otorguen el recibo que cancele el pago de esos 20 000, hagan reserva en el recibo. Vale decir, que en el recibo se diga que les pagó esa suma, pero que faltan 40 000. Incluso sería mejor que se coloque en el recibo que esos 20 000 son un pago a cuenta de una deuda mayor que consiste en 60 000 soles. De no realizarse esa salvedad —es decir, si cobrarán esos 20 000 soles sin

² Esta viene a ser la situación inversa que veíamos al analizar el tema de la relación entre codeudores solidarios. En esa parte señalamos que cuando se contrae una obligación en la que hay solidaridad pasiva, el acreedor le puede cobrar el íntegro a cualquiera de los deudores, sin importar que los otros contribuyan o no en el pago de la deuda.

reservas en el recibo— ese cobro implicaría una renuncia a la solidaridad respecto de ese deudor.

Resulta necesario aclarar que cuando hablamos de *renuncia a la solidaridad*, no nos estamos refiriendo a la renuncia a la solidaridad con respecto a todos los deudores, sino respecto de aquel a quien se le recibió su parte en la relación interna.

La reserva de la solidaridad no implica que se tengan que agotar las vías para cobrarle a los demás y recién volver a cobrarle al deudor respecto del cual se efectuó la reserva. El o los acreedores se encuentran facultados para cobrarle directamente el saldo, aunque, por una cuestión de práctica, ello no suele hacerse inmediatamente.

Así, el hecho de que una obligación sea solidaria no impide cobrar de manera fraccionada, salvo que la obligación fuese indivisible. En una obligación indivisible y solidaria, solo se podría cobrar parcialmente si la indivisibilidad fuese ficticia, esto es, cuando su objeto sea por naturaleza divisible.

V. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES Y DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

La pregunta que corresponde formular es cómo se va a tener que responder por concepto de la indemnización de daños y perjuicios cuando se incumple una obligación que tiene pluralidad de sujetos. Esta interrogante impone determinar si todos los codeudores de esa obligación van a tener que responder y, de ser así, de qué manera van a tener que hacerlo. La respuesta a estas preguntas variará según se trate de una obligación indivisible y mancomunada, de una obligación divisible y mancomunada, o si se trata de una obligación solidaria, independientemente de si esta es divisible o indivisible.

Empecemos nuestro análisis con las obligaciones mancomunadas.

Imaginemos que un famoso abogado, cuya hija se va a casar, decide regalarle un auto Jaguar de 1964. En razón de ello, contrata a seis hermanos

para que restauren el automóvil, lo trasladen a él y a su hija en ese auto y le transfieran su propiedad. La obligación celebrada es una indivisible y mancomunada.

Dos de los hermanos se emborrachan y tienen un accidente con el automóvil que impide que se cumpla con la obligación asumida, lo que genera daños por 90 000 dólares (60 000 por la pérdida del automóvil y 30 000 por el daño moral causado al no llegar a tiempo a la iglesia).

En este esquema en el que ha habido un incumplimiento y se han generado daños indemnizables, se tendrá que entregar una indemnización, que es en dinero. La suma que se tendría que pagar como indemnización asciende a 90 000 dólares. Lo que aún hay que determinar, es cómo los seis deudores van a afrontar el pago.

Así pues, se deberá pagar de acuerdo a lo que establece el artículo 1180 del Código. Tal norma dispone lo siguiente:

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

Apliquemos esta regla al caso de nuestro ejemplo.

Se entiende que los deudores que estaban dispuestos a cumplir son los cuatro que no incurrieron en culpa; es decir, los que no se emborracharon ni destrozaron el auto. Estos deudores que actuaron de una manera diligente son D1, D2, D3 y D4. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1180, estos deben responder por la porción del valor de la prestación que les corresponda, no de la obligación de indemnizar, sino de la obligación que debieron haber cumplido.

Y cada uno, en la relación interna, ¿con cuánto participaba en el valor de la prestación incumplida? Pues cada uno lo hacía con un sexto. El automóvil estaba valorizado en 60 000 dólares, entonces, ya que cada uno de ellos tendría que pagar un sexto del valor de la prestación incumplida, tenemos que D1, D2, D3 y D4 deben, cada uno, 10 000 dólares.

Conviene resaltar que la razón por la que cada uno de esos deudores debe esa cantidad, es que, en la relación interna, cada deudor participaba con un sexto del valor de la prestación. No nos estamos refiriendo a la relación externa, pues en ella todos tenían que responder por la obligación de manera indivisible, todos ellos tenían que cumplir con restaurar el auto, trasladar a la novia y a su padre a la iglesia el día de la boda y entregar el auto en propiedad.

Los codeudores culpables —esto es, D5 y D6— sí responden por el íntegro de la indemnización que ha surgido como consecuencia del incumplimiento. Esto implica que los culpables responden por 90 000 dólares.

Nótese que en la relación interna, aquello a lo que están obligados los codeudores no culpables del incumplimiento, y aquello a lo que están obligados los codeudores culpables del incumplimiento, es totalmente distinto. La obligación que tienen los cuatro codeudores no culpables es una obligación divisible y mancomunada. La obligación de los codeudores culpables, en cambio, es indivisible —pues, conforme lo establece la ley, es por el íntegro de la indemnización— y mancomunada— ya que no se ha establecido la solidaridad.

En la relación externa, que es la que vincula a los deudores con su acreedor, todos los codeudores, culpables y no culpables, deben 90 000 dólares. Esa es la suma a la que tiene derecho el acreedor.

¿Cómo puede cobrar el acreedor? Pues bien, este podría dirigirse contra los codeudores culpables —que, al ser deudores de una obligación indivisible y mancomunada, tendrían que cumplirla siguiendo las reglas de la indivisibilidad— y si ellos le pagaran los 90 000 dólares, el acreedor ya habría solucionado su problema. El acreedor también podría optar por cobrarles a los codeudores no culpables, y si estos le pagan los 90 000, el acreedor ya no tendría inconveniente alguno.

En ambos supuestos, lo que quedaría por resolver es cómo se desarrollaría la relación interna entre los codeudores; es decir, cómo se van a arreglar los codeudores tras el pago de la indemnización. Pues, lo que

debe quedar claro respecto de la relación interna entre los codeudores tras el pago de la indemnización por parte de alguno o de algunos de ellos, es que solamente los codeudores culpables del incumplimiento tienen que soportar, por partes iguales, la indemnización. En buena cuenta, solamente D5 y D6 tendrían que soportar por igual los 90 000 dólares; cada uno tendría que asumir 45 000.

Entonces, si los codeudores no culpables le pagaran al acreedor parte de la indemnización, tendrían derecho a exigir a los codeudores culpables el reembolso de lo pagado.

Lo anterior implica que si D1, como deudor no culpable, hubiese pagado 10 000 dólares al acreedor, tendría derecho a reclamarle a D5 y a D6 (deudores culpables) el reembolso de ese monto: 5000 a D5 y 5000 a D6. Ello ocurre porque en la relación interna, las obligaciones que pueden surgir entre los codeudores, son siempre divisibles y mancomunadas, sin importar que en la relación externa entre acreedor y deudores haya habido solidaridad o indivisibilidad.

En conclusión, el costo de la indemnización debe ser asumido siempre por los codeudores culpables. Son ellos los que tienen que pagar al acreedor el total de la indemnización. Ese total debe ser dividido entre todos los codeudores culpables. En caso de que los no culpables paguen algo de la indemnización, tendrían derecho a exigir a los codeudores culpables el reembolso de lo pagado, aunque también dividido en partes iguales.

Si los dos deudores culpables no fuesen solventes, el acreedor solo podría cobrarle 10 000 dólares a cada uno de los codeudores no culpables; quienes se verían perjudicados al no poder hacer efectivo su derecho al reembolso de lo pagado por la insolvencia de D5 y D6.

Una vez examinadas cuáles son las reglas por aplicar cuando la obligación que se incumple —sea divisible o indivisible—, y que da lugar al nacimiento de una obligación indemnizatoria, es mancomunada, analicemos cómo se resolvería si la obligación fuese solidaria.

Lo primero que debemos señalar es que cuando la obligación es solidaria, el problema se resuelve aplicando el artículo 1195. Según este:

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.

Para explicar los alcances de esta norma, volvamos a nuestro ejemplo del famoso abogado y del automóvil, asumiendo esta vez que la obligación incumplida era solidaria, porque así lo pactaron las partes.

Como ocurre también en el caso de las obligaciones mancomunadas que son incumplidas, el acreedor solamente tiene derecho a cobrar 90 000 dólares. La gran diferencia radica en que cuando la obligación es solidaria, el acreedor podría cobrarle el íntegro a cualquiera de los deudores culpables; es decir, los 90 000 dólares en que consiste la obligación indemnizatoria, pues ya no regirían las reglas de las obligaciones divisibles sino las de las solidarias; o podría cobrarle a cualquiera de los deudores no culpables la suma de 60 000 dólares, que corresponde al íntegro del valor de la prestación incumplida. Así, cuando se incumple una obligación solidaria, las consecuencias indemnizatorias serán más duras para todos los codeudores, culpables o no culpables.

Ahora, es en la relación interna en la que solamente los culpables tendrían el deber de pagar por partes iguales el íntegro de la indemnización debida. Ello significa que si alguno de los codeudores no culpables hubiese pagado algo, tendría derecho a reclamar el reembolso con respecto a los culpables.

Si el acreedor le cobra a uno solo de los deudores no culpables el monto de 60 000 dólares, y el deudor D1 le pagase la suma exigida, tendría derecho a que ella le fuera reembolsada por los codeudores culpables. Así pues, cada uno de los codeudores culpables tendría que pagarle 30 000 dólares.

Podría ocurrir que D5 y D6 fueran insolventes y D1 no podría recuperar nada al reclamar en su contra. En ese supuesto, podría reclamar a sus codeudores no culpables, pero no los 60 000 dólares que pagó, pues en

ellos están incluidos los 15 000 que le correspondía pagar a él. Recordemos que en la relación interna cada uno asume su parte, aunque en la relación externa podría llegar a ocurrir que un único deudor responda por todo.

A partir de lo indicado, podemos afirmar que es regla que en materia de las relaciones internas, nunca hay solidaridad ni indivisibilidad, aunque ellas sí se den en la relación externa. Los no culpables responden frente al resto de codeudores en función de la participación de cada uno en la relación interna. La relación interna siempre es mancomunada.

Pese a que más adelante analizaremos el tema de la subrogación, resulta pertinente comentar que dicha figura jurídica sirve para sustentar el derecho a repetir que tiene un codeudor en la relación interna.

VI. POSIBILIDAD DE CONTRAER UNA OBLIGACIÓN DE CARÁCTER INDIVISIBLE O SOLIDARIO CON MODALIDADES DIFERENTES

Podría darse el caso de que codeudores solidarios estén obligados con modalidades diferentes; es decir, con plazo, condición o modo distintos. Y así como sanciona el artículo 1184 del Código, resulta perfectamente viable que se contraigan obligaciones con pluralidad de sujetos, en las 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. De suceder ello, la solidaridad no queda excluida.

El artículo 1184 también establece que, al tratarse 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. Así, la norma plantea diversas situaciones.

El primer caso previsto por la norma es el del plazo. Supongamos que dos deudores se han obligado solidariamente frente a un acreedor común al pago de 40 000 soles. El primero deberá pagar el 1 de septiembre, mientras que el segundo deberá hacerlo el 1 de octubre. Es claro que la

circunstancia de haberse pactado un plazo suspensivo no alterará el hecho de que la obligación sea íntegramente exigible al primer deudor el 1 de setiembre. Ello no ocurriría si el plazo fuese resolutorio, pues en este caso, cuando venza cada plazo, se debería dejar de cumplir aquello que ya se estaba cumpliendo.

Otra hipótesis contenida en el artículo 1184, es la de la condición. Podría darse el caso en que los dos deudores del ejemplo anterior se hubieran obligado frente al acreedor común bajo condiciones distintas. Si este fuese el supuesto, tal situación no destruiría la solidaridad. Sin embargo, es necesario distinguir entre la condición resolutoria y la suspensiva. Si la obligación estuviese sujeta a distintas condiciones resolutorias, mientras ninguna de ellas ocurra, se podrá exigir el cumplimiento íntegro de la prestación a cualquiera de los deudores. Si la obligación estuviese sujeta a condición suspensiva, solo será exigible el cumplimiento de la obligación al codeudor con quien se ha concertado tal condición suspensiva, cuando ella se cumpla, al igual que con el plazo suspensivo.

VII. PRINCIPIO DE LA SOLIDARIDAD: SE COMPARTEN LOS EFECTOS BENEFICIOSOS PERO NO LOS PERJUDICIALES

En nuestro sistema jurídico rige el principio según el cual al codeudor o coacreedor solidario son aplicables los efectos de los actos que realicen algún o algunos de sus codeudores o coacreedores según corresponda, cuando tales actos le resulten beneficiosos, no siéndole aplicables cuando, por el contrario, resultan perjudiciales. Así, en materia de solidaridad, las normas se encuentran orientadas por el principio según el cual todo deudor o acreedor solidario se beneficia de las situaciones que favorecen a sus respectivos codeudores o coacreedores, mas no se ve afectado por los actos o situaciones que perjudiquen a uno o más de ellos. El referido principio tiene por finalidad evitar que se produzca una injusticia en la relación interna.

La aplicación de este principio ha determinado que en el artículo 1188 del Código se establezca que 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 la citada norma, entonces, se llega a establecer que si el acreedor decide condonar a uno de sus deudores solidarios, estaría condonando también a los codeudores solidarios, a pesar de que esa no haya sido su voluntad y haya establecido claramente a quién estaba condonando la totalidad de la obligación.

Siguiendo este mismo principio en materia de excepciones, se prevé en el artículo 1192 que solo podrán ser interpuestas a cada uno de los codeudores o coacreedores solidarios aquellas que les son personales, entendidas como las que les afectan directamente y no respecto de sus demás codeudores o coacreedores. Dentro de este mismo razonamiento, le podrán ser interpuestas aquellas excepciones que lo afecten tanto a él como a sus otros codeudores o coacreedores, denominadas *comunes*. Aquí prevalece, entonces, la idea de que un deudor o acreedor solidario no debe perjudicarse con aquello que perjudique de manera independiente a sus codeudores o coacreedores solidarios.

El principio que exponemos resulta incluso más evidente en el artículo 1194, el cual regula la mora de un codeudor o de un coacreedor solidario. Según esta norma, la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás; en tanto que la constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros.

Este principio es asumido en idéntico sentido por el Código peruano en otros dos preceptos: el artículo 1198, el que establece que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás (es decir, que no los perjudica); en tanto que la renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios favorece a los demás (es decir, que los beneficia).

Otra norma que recoge este principio es el artículo 1199, el cual dispone que el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto a los demás codeudores (es decir, que no los perjudica); en tanto que si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros (es decir, que los beneficia).

El mencionado principio también orienta al artículo 1193. Tal norma establece que la sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente. Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que este puede oponer a cada uno de ellos.

TÍTULO VII. RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

El reconocimiento de una obligación es un acto que realiza voluntariamente el deudor, a través del cual admite la existencia de su obligación para con el acreedor. El reconocimiento no constituye un acto generador de obligaciones; es un acto por el que se admite la existencia de una obligación, sin que ello signifique la modificación de sus términos.

Existen dos formas de efectuar el reconocimiento de una obligación. La primera, por acto *mortis causa*; la segunda, por acto *inter vivos*.

Hay diferentes modos de realizar el reconocimiento *inter vivos*, entre otros, por escritura pública, por carta notarial, por facsímil, por correo electrónico e, incluso, el reconocimiento personal. De los ejemplos citados, el último es el menos seguro, dado que no deja constancia alguna y, en consecuencia, es difícil, sino imposible, de probar. Esa dificultad probatoria otorga al deudor la posibilidad de arrepentirse y no solo negar la existencia de la obligación, sino también la del reconocimiento que aduciría el acreedor.

Si para constituir la obligación que se reconoce se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en esa misma forma. De esta manera, si, por ejemplo, el acto por el que se dio nacimiento a la obligación que se quiere reconocer se hubiera celebrado verbalmente, entonces sería suficiente que el reconocimiento fuese verbal; si, en cambio, el acto que se quiere reconocer se hubiera realizado por escritura pública, entonces, se tendría que reconocer las obligaciones nacidas de dicho acto a través de una escritura pública.

De otro lado, el reconocimiento *mortis causa* únicamente se puede realizar a través de un testamento, por lo que podríamos denominarlo como *reconocimiento testamentario*.

En esencia, el reconocimiento *mortis causa* tiene los mismos efectos que el reconocimiento *inter vivos*, aunque con una gran salvedad, esto es, que dicho reconocimiento no va a ser efectivo hasta que se ejecute el testamento. Ello significa que A no podría cobrar su deuda hasta que D muera y tendrá que cobrarle a los herederos de D, quienes, gracias al reconocimiento que aquel realizara en su testamento, tendrían que asumir la deuda con los bienes materia de la herencia.

En el reconocimiento *mortis causa* de la obligación, el acreedor no le va a cobrar la deuda a quien la reconoce, sino a sus herederos.

Consideramos necesario aclarar que cuando la obligación que se reconoce es solidaria, opera de manera similar a la renuncia a la prescripción. Así, como acto voluntario y personal, sus efectos recaen solo sobre el codeudor que lo realiza. Ello cambia cuando la solidaridad es activa, pues el reconocimiento del deudor común afecta a todos los acreedores solidarios y no solo a aquel en cuyo favor se efectuó el acto de reconocimiento.

Para concluir, conviene precisar que el reconocimiento de una deuda ya prescrita tiene los efectos de transformar el carácter del deber moral (obligación natural) en obligación civil.

TÍTULO VIII. TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES. CAPÍTULO ÚNICO: CESIÓN DE DERECHOS

I. LA CESIÓN DE CRÉDITOS

En derecho existen varias figuras que permiten que una de las partes de la relación obligatoria deje de ser parte en esa relación obligatoria y sea sustituida por un tercero. Una de esas figuras es, justamente, la cesión de créditos. Esta supone la celebración un acto a través del cual el acreedor le ceda su crédito a un tercero, de tal manera que la relación obligatoria después de realizado dicho acto ya no tenga como partes al deudor y al acreedor original, sino al deudor y al tercero.

El acto de cesión no va a significar la modificación o extinción de la obligación, que va a seguir siendo la misma que fue celebrada entre el deudor y el acreedor original. Será la misma obligación, la misma prestación, será el mismo deudor; lo único que cambia es el acreedor.

El tercero al que se le ha cedido el crédito va a ocupar el lugar del acreedor en la relación obligacional; lo va a sustituir por completo, pudiendo ejercer, desde el momento en que lo sustituya, todos los derechos que podía ejercer el antiguo acreedor o acreedor primigenio. Como correlato, ese acreedor primigenio, al ceder su posición, deja de formar parte de la relación obligatoria.

Así, la cesión de créditos es una figura que tiene, en principio, dos partes; el *acreedor* —también denominado *acreedor cedente*— y el tercero, denominado *acreedor cesionario*. La validez de la cesión depende, en principio, únicamente de la voluntad de dos personas, el acreedor cedente y el tercero cesionario, que son quienes deciden realizar la cesión y quienes la celebran en ejercicio de su autonomía privada.

La cesión de créditos, en principio, podría celebrarse y ser válida con desconocimiento del deudor cedido o en contra de su voluntad. Esto se justifica en el hecho de que el deudor no se vería perjudicado de realizarse la cesión de créditos, dado que el tercero cesionario no puede hacer nada más de lo que podía hacer el antiguo acreedor.

Si bien la cesión puede ser válida pese a que el deudor no la conozca o está en contra de que se realice, para que sea eficaz sí es necesario que se le informe al deudor que aquella se ha celebrado. Si no se le comunica que se celebró la cesión de créditos, le pagará al acreedor primigenio por ser este el único acreedor que reconoce. De suceder ello, el antiguo acreedor tendría que aclararle que él ya no es la persona indicada para cobrar, porque ya no tiene la condición de acreedor. Si no lo hiciera y aceptara el pago, el deudor, en la medida de que jamás se enteró de la cesión, habría cumplido con su deuda y, por ende, dejado de ser deudor. El acreedor cesionario no podría cobrarle nada a ese deudor; todos sus reclamos tendrían que dirigirse al acreedor cedente que, como es obvio, lo habría perjudicado con su actuar de mala fe. Entonces, en ese sentido, la ley establece que, luego de realizada la cesión, esta tenga que comunicarse necesariamente al deudor cedido para que surta efectos respecto de aquel.

El asentimiento del deudor cedido, entonces, será relevante en lo que concierne a la eficacia del acto de cesión, no de su validez.

Ahora, existen dos supuestos en los que el deudor sí puede oponerse a la cesión de créditos.

El deudor podría oponerse a la cesión si él y el acreedor hubieran celebrado un pacto por el cual se prohibía ceder el crédito. De existir la prohibición, para efectuar dicha cesión y que esta sea válida, tendría que pedirle permiso. De ser este el caso, la cesión, para su validez, se convierte en un acto de carácter trilateral, porque en ese acto tienen que participar tres partes: el deudor cedido, el acreedor cedente y el tercero cesionario. La participación del deudor cedido en el acto de cesión eliminaría, por decirlo de alguna manera, el pacto de prohibición de ceder.

El segundo caso en el cual no se puede ceder sin asentimiento del deudor es aquel en el cual la obligación es *intuitu personae* con respecto al acreedor.

La cesión del crédito tiene que realizarse por escrito bajo sanción de nulidad, de donde se sigue que se trata de un acto esencialmente formal. De no realizarse por escrito, el acto de cesión sería absolutamente nulo.

Otra de las características de la cesión de créditos es que puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito.

Son dos las garantías que asume el acreedor cedente frente al acreedor cesionario y ambas se encuentran referidas al derecho cedido. Tales garantías son la existencia y la exigibilidad del crédito.

Entonces, el acreedor garantiza que el crédito existe, lo que implica que no se trata de una obligación nula; que no se trata de una obligación ya pagada, pues ello supondría que ya se extinguió; y que no se trata de una obligación que haya caducado, porque si algo caduca, se extingue el derecho, no solo la pretensión. Asimismo, garantiza que el crédito aún es exigible; es decir, que la obligación no ha prescrito, que sigue siendo una obligación civil.

Pese a que la ley impone que el acreedor cedente garantice la existencia y exigibilidad del crédito, admite el pacto en contrario. Como contrapartida, es viable que, adicionalmente y por medio de un pacto, el acreedor cedente asuma otras garantías frente al tercero cesionario.

Una de esas garantías no exigidas por ley que podrían pactarse, es la de solvencia del deudor, la cual no es, precisamente, una garantía común, en tanto resulta extraño que de manera voluntaria el acreedor cedente supedite la cesión a una situación que, en realidad, escapa de su control.

Conviene advertir, además, que el cambio de acreedor ni interrumpe ni suspende la prescripción, simplemente es irrelevante a ese efecto y lo es por una razón muy simple: de ser relevante, el cambio de acreedor sería la mejor manera de burlarse de la prescripción.

Cabe la posibilidad de que un acreedor inescrupuloso ceda el mismo derecho a varias personas de manera sucesiva. Planteada una situación como la expuesta, surgiría el problema de saber cuál de los terceros cesionarios debe ser preferido como nuevo titular del derecho cedido.

La solución adoptada por el hoy derogado artículo 1217 del Código peruano establecía que prevalecería la cesión que primero fue comunicada al deudor o la primera que este hubiese aceptado (en el supuesto de que no le hubiese sido comunicada o que, habiéndolo sido, no se le hubiese

hecho de manera fehaciente). En tal sentido, no tenía ningún valor ni importancia el orden en que el acreedor-cedente hubiera cedido el derecho a los diversos terceros-cesionarios, pues en virtud del precepto que analizamos, no se prefería al tercero cuya cesión revestía la mayor antigüedad, sino a aquel cuya cesión fue comunicada en primer lugar (o tal vez única) al deudor-cedido.

El artículo 1217 fue derogado expresamente por la Ley de la Garantía Mobiliaria, que establece que se puede inscribir la cesión de derechos y que dicha inscripción prima sobre la cesión notificada al deudor. La consecuencia práctica que se desprende de esta regla, es que al cesionario ya no le importa que la cesión sea notificada al deudor cedido, sino que esta sea inscrita, pues de no hacerlo, corre el riesgo de que el acreedor ceda el derecho a un segundo cesionario que sí lo inscriba, lo que perjudicaría sus intereses.

II. CESIÓN DE DERECHOS NO CREDITICIOS

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 solo 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 transmisión 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 cuando una disposición legal así lo ordena.

La cesión de derechos se divide en cesión de créditos y cesión de derechos no crediticios. En vista de que ya desarrollamos la cesión de créditos, corresponde delinear la cesión de derechos no crediticios.

En la cesión de derechos no crediticios se abandona el esquema propio de la relación obligacional que tiene como protagonistas al deudor y al acreedor. El nuevo esquema tan solo tiene como personajes al cedente y al

cesionario. Entonces, el esquema de una cesión de derechos no crediticios, simplemente, nos plantea la figura del cedente, que es el titular del derecho que se cede, y del cesionario, que es el que adquiere el derecho cedido. Aquí no hay ni acreedor ni deudor; simplemente hay dos personas; por un lado el titular del derecho, que es el cedente; y, por otro, el que adquiere el derecho, que es el cesionario.

La gran mayoría de normas de cesión de derechos del Código han sido pensadas en función de la cesión de créditos. Habría que analizar con sumo cuidado los supuestos para poder determinar si el esquema de la cesión de derechos no crediticios permite la aplicación de esas normas, aunque claro, salvando o cambiando lo que haya que cambiar para que eso sea posible.

PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la diferencia entre una obligación civil y una obligación natural?
2. ¿Cómo opera la teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos?
3. ¿Qué reglas se aplican para que una obligación de dar un bien incierto se convierta en una obligación de dar un bien cierto?
4. ¿Qué opciones tiene el acreedor cuando el deudor solo ejecuta la obligación de hacer de forma parcial, tardía o defectuosa?
5. ¿Qué medidas puede adoptar el acreedor cuando el deudor incumple irreversiblemente su obligación de no hacer?
6. ¿Cuáles son las diferencias entre una obligación alternativa y una obligación facultativa?
7. ¿Cómo opera el cobro y el pago de una obligación indivisible? Diferenciar la relación interna de la externa.

8. ¿Cuándo una obligación es solidaria?
9. ¿Cuál es la diferencia entre los efectos del reconocimiento *mortis causa* y los efectos del reconocimiento *inter vivos*?
10. ¿En qué supuestos el deudor puede oponerse a la cesión de créditos?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

SECCIÓN SEGUNDA
EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Como regla general, la obligación se transmite a los herederos. Esa regla admite tres supuestos de excepción: no se transmite a los herederos cuando aquella es *intuitu personae*, cuando la ley lo prohíbe o cuando las partes pactan esa prohibición.

Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

- a) Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
- b) Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
- c) Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
- d) 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. Para ello, el acreedor no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Cabe precisar que es posible ejercer simultáneamente los derechos delineados, salvo los señalados en los acápite *a* y *b*.

TÍTULO II. PAGO

I. CAPÍTULO PRIMERO: DISPOSICIONES GENERALES

El pago puede definirse como el medio ideal de extinción de las obligaciones, pues esa extinción se da en estricto orden a lo convenido o

previsto por la ley. Pagar es extinguir la obligación cumpliéndola; es decir, ejecutar la prestación debida (de dar, hacer o no hacer) en las condiciones y términos pactados o exigidos por la ley.

Los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor. El sentido de esta regla, es claro: el acreedor debe recibir la prestación tal como se estipuló y sin desmedro de su patrimonio para sufragar los gastos del pago. Estos corren por cuenta del deudor. Esta regla admite pacto en contrario.

Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario.

1.1. Principios del pago

La noción de pago que hemos delineado es un concepto que se extiende a todo el derecho de obligaciones y que se construye sobre cuatro principios esenciales: el principio de identidad, el principio de integridad, el principio de localización o lugar de pago y el principio de oportunidad.

1.1.1. Principio de identidad

Este principio, paradójicamente, no recibe un tratamiento normativo en la parte dedicada al pago, sino que se encuentra regulado como el artículo 1132, que forma parte de las normas propias de las obligaciones de dar. Pese a su ubicación, la premisa a partir de la cual se construye esa norma es aplicable a todo el derecho de obligaciones.

Como ya ha sido explicado en su momento, aplicando lo previsto en esa norma, entonces, es principio del derecho de obligaciones que el acreedor de una obligación no puede ser obligado a recibir el cumplimiento de una prestación distinta a la debida, aunque ella sea de mayor valor. Este es el principio de identidad y responde a la pregunta de con qué se debe pagar. Y la respuesta es muy sencilla: debe pagarse con la prestación pactada. Sea cual fuere, el acreedor no puede ser obligado a aceptar como pago una prestación distinta. Lo puede aceptar, mas no está obligado a

hacerlo, y si lo acepta se configuraría, como estudiaremos más adelante, la figura de la *dación en pago* o la de la *novación objetiva*.

1.1.2. Principio de integridad

Este también se encarga de responder una pregunta; a saber, con cuánto se debe pagar. En virtud de este principio se entiende efectuado el pago solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación. Siguiendo este principio, tenemos que cuando se debe mil soles, son mil soles los que deben pagarse, no menos, pues son esos mil soles los que se adeudan.

Como puede inferirse, los principios de identidad e integridad son como las dos caras de una misma moneda. El principio de identidad tiene directa relación con aquello que se va a cumplir, mas no con las dimensiones de dicho cumplimiento. Es así que consideramos que el principio de identidad de la prestación apunta al pago con idéntica prestación a la convenida, mas no al pago con la prestación convenida pero con dimensiones distintas. Esto último se relaciona con el principio de integridad.

Al respecto, es importante subrayar que, en tanto el principio de integridad busca evitar que el deudor decida sobre cuánto va a pagar, en virtud del mismo, el acreedor puede negarse a recibir un pago parcial, aunque no está impedido de hacerlo si así lo desea.

1.1.3. Principio de localización o lugar de pago

Este principio responde a la pregunta relativa a dónde se debe pagar. La regla general en derecho de obligaciones, es que el pago se efectúa en el domicilio del deudor. El deudor, entonces, no tiene que trasladarse al domicilio del acreedor para pagar, sino que el acreedor es quien tiene que ir a cobrarle al deudor.

Cuando el deudor cambia de domicilio, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.

La ley prevé excepciones a esta regla general según la cual el pago se realiza en el domicilio del deudor. En primer término, que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten como lugar del pago el que más se adapte a sus intereses.

Comúnmente y a fin de facilitar el cobro, se suele elegir el domicilio del acreedor. Ello es así, porque, evidentemente, la regla general afecta al acreedor en la medida de que le impone la carga de ir a cobrar y, por ese mismo motivo, le acarrea dificultades para pactar la mora automática. Si se estipula que el pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor, se entiende como tal el que correspondía al acreedor al constituirse la obligación. Si el acreedor cambia de domicilio entre el día en que se constituyó la obligación y el día del pago, el deudor tendrá el derecho, a su soberana voluntad, de efectuar tal pago en el antiguo o en el nuevo domicilio.

La segunda excepción se configura cuando la naturaleza de la obligación impone que el lugar del pago sea distinto al domicilio del deudor. Esa situación se presenta, por ejemplo, al transferir la posesión de un bien inmueble no susceptible de desplazarse, pues en ese caso el deudor deberá efectuar el pago en el lugar donde se encuentra el inmueble y no en su propio domicilio.

La ley también prevé como excepción, a las «circunstancias del caso», lo cual se vincula al modo en que fue constituida la obligación y a la forma en que debe cumplirse.

Por último, la ley prevé que si el deudor ha designado varios lugares para el pago, el acreedor podrá hacerlo efectivo en cualquiera de ellos.

1.1.4. Principio de oportunidad

El cuarto principio responde a la pregunta de cuándo se debe pagar. Como regla general, la obligación debe pagarse en el plazo pactado. Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

La regla que rige ante la ausencia de pacto respecto al plazo no es absoluta, pues tiene tres excepciones.

Primero, la prevista por el primer párrafo del artículo 182 del Código, cuando prescribe que si el acto no señala plazo para el pago, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujera que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. Por ejemplo, si en una obligación de hacer —construir un edificio— no se ha señalado plazo, el juez deberá fijar su duración. Pretender lo contrario, esto es el pago inmediato, constituiría un imposible.

Luego, la consignada en el segundo párrafo del artículo 182, cuando prescribe que corresponde al juez fijar la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o de un tercero y estos no lo señalen.

Y, finalmente, la excepción prevista por el artículo 1656 del Código para el contrato de mutuo. El precepto establece que cuando no se ha fijado plazo para la devolución y este no resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

1.2. Nominalismo y valorismo

Corresponde estudiar las llamadas *obligaciones dinerarias* y las denominadas *obligaciones de valor*, lo que nos lleva, a su vez, a revisar las teorías del nominalismo y el valorismo.

El principio nominalista se encuentra recogido en el artículo 1234 del Código. Según lo previsto en ese artículo, «El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado».

El artículo 1234 establece dos reglas a seguir al momento del pago de una deuda dineraria contraída en moneda nacional. La primera dispone que la ejecución de la prestación deberá efectuarse necesariamente en moneda nacional; en tanto que la segunda regla consagra el principio nominalista en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

De este modo, conforme reza el nominalismo, al momento del pago se tomará en cuenta únicamente el monto nominal de dicha moneda, pactado al tiempo en que se contrajo la obligación; en este caso, aquel en que se celebró el contrato. Vale decir, el deudor cumplirá entregando al acreedor una suma de dinero en idéntica cantidad a la que se obligó, independientemente de las fluctuaciones que aquella (la suma de dinero nominalmente pactada) pueda sufrir desde el momento en que fue contraída la obligación hasta el tiempo del pago. No importará, entonces, si desde el momento en que se contrajo la obligación y el día en que esta se paga, han transcurrido años o la moneda se ha devaluado. Primará el monto nominal.

Este nominalismo rige independientemente de si la obligación fue contraída en moneda nacional o en moneda extranjera; lo que importa es el monto pactado. Si el deudor se obligó a entregar mil soles, debe entregar mil soles; si se obligó a entregar mil euros, debe pagar mil euros. Ni siquiera los jueces se encuentran autorizados a hacer algún reajuste en el sistema peruano, salvo que se trate de un supuesto de excesiva onerosidad de la prestación, propio del derecho de contratos, el cual tiene requisitos y características peculiares; y, por ende, no resulta pertinente revisar aquí.

Las dificultades e injusticias a las que puede dar lugar la aplicación del nominalismo en épocas en que prima la inestabilidad económica, han determinado que se permitan excepciones a su aplicación. De esta manera, por disposición legal o porque las partes lo decidan, es posible sustraerse de los efectos del nominalismo.

Por pacto de las partes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1235, ingresaríamos a las cláusulas valoristas; y, por establecerlo así la ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1236, ingresaríamos a las llamadas *obligaciones de valor*.

Empezando por las cláusulas valoristas, debemos decir que el nominalismo, pese a ser la regla general, tiene una cláusula de escape, la que consiste, simple y llanamente, en pactar el valorismo de acuerdo con la autorización que confiere el artículo 1235 del Código. Las partes

contratantes, de común acuerdo, pueden optar por un criterio valorista respecto de obligaciones contraídas en moneda nacional.

Así, el Código otorga a las partes la posibilidad de pactar una cláusula de estabilización, denominada también *cláusula valorista*, a fin de restablecer el equilibrio en las prestaciones y la equidad en la relación jurídica, lo que, en definitiva, significa proteger al acreedor para que no se vea perjudicado por factores como la inflación.

Los dos últimos párrafos del artículo 1235 tienen el mismo propósito de proteger al acreedor. Estos establecen que el pago de deudas —cuando se ha pactado el valorismo— se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación; se añade que, si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

El deudor se verá obligado a entregar a su acreedor el valor real de la cantidad originalmente prestada. Así, bastará con que las partes cuenten con el índice correspondiente a la fecha en que se debió pagar y el índice del día en que se hace efectivo el pago. En su caso deberán procurarse además con tasas efectivas de interés aplicables a las deudas sujetas al sistema de reajuste de capital desde el día del vencimiento de la obligación, dependiendo —evidentemente— del número de días de atraso de aquella.

Entonces, la cláusula de valor ¿en qué índices se puede basar? Pues, en principio, en cualquiera que escojan las partes, que podrían tomar como referencia el índice del valor de manzanas, el índice del valor de las naranjas, en fin, lo que consideren más apropiado. No hay imposición o prohibición alguna respecto de este tema; en todo caso, lo más probable es que las partes empleen como índice un valor que sea fácil de determinar por existir cifras oficiales respecto de aquel. Por citar los ejemplos más representativos, el valor del oro, el valor de la plata, el valor del índice de reajuste automático del Banco Central de Reserva del Perú, el valor del índice de Precios al Consumidor del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI),

el valor del Índice de Precios al por Mayor del INEI, y el valor dólar o de cualquier otra moneda extranjera.

Resulta adecuado advertir que es posible que se pacten ciertas barreras respecto de la fluctuación o cambios en el valor elegido como índice o ciertos topes máximos o mínimos.

A manera de ejemplo, podría ocurrir que aunque el reajuste se encuentre determinado por la variación del valor dólar, las partes acuerden que el tope máximo sería de S/ 3.50 o el mínimo de S/ 3. Si al momento de la celebración de la obligación, el dólar estaba S/ 3.20, pero a la fecha de vencimiento a S/ 3.70, el reajuste se realizará considerando como valor S/ 3.50 por ser ese el máximo pactado. De igual manera, si el valor del dólar disminuyera hasta S/ 2.70, el reajuste tomaría como base un valor de S/ 3.00, por ser ese el mínimo acordado.

Las partes tienen la más absoluta libertad de pactar la cláusula valor que quieran convenir y, además, de ponerle parámetros a esas cláusulas valor. Esos parámetros tienen como finalidad que los propios sujetos de la relación obligacional se protejan ante variaciones inusitadas y desproporcionadas del valor que han escogido como refugio.

Dado que esa posibilidad de establecer límites o parámetros se funda en la autonomía privada de las partes, es posible que se pacten en beneficio exclusivo de una de ellas. No tiene que haber, necesariamente, una situación equitativa con la cláusula valor.

Ahora bien, podría ocurrir que el deudor no cumpla con efectuar el pago de su obligación dineraria el día en que debió hacerlo. En tal caso, el tercer párrafo del artículo 1235 otorga al acreedor de dicha prestación una opción en la ejecución de la deuda entre:

- que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación;
- que la deuda sea pagada al valor de referencia del día en que se efectúe el pago.

La razón de esta norma estriba en proteger los intereses del acreedor frente a un deudor que incumple su obligación, con el fin de evitar, además, una posible especulación del deudor en su beneficio y en perjuicio directo de los intereses del acreedor.

Si bien el artículo 1235 regula el tema de las cláusulas valoristas, no es el único en el que nuestro Código contempla la aplicación del valorismo, pues también le otorga tratamiento a las deudas u obligaciones de valor, el que se encuentra recogido en el artículo 1236. De acuerdo a lo previsto en esa norma «Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquel se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Cuando se trata de una obligación de valor, no se tiene que entregar una cantidad de dinero específica. Se debe entregar una cantidad de dinero determinable que está en función de lo que valga ese bien el día en que se realice la entrega.

Resulta evidente que el artículo 1236 del Código no constituye una excepción al principio nominalista en las obligaciones dinerarias, sino que versa sobre un supuesto muy distinto; no trata sobre las deudas de dinero, sino sobre las deudas de valor.

El objetivo del artículo 1236 radica, fundamentalmente, en la necesidad de que el acreedor que ve incumplida la obligación por el deudor y que le exige la restitución de una prestación o su valor reciba en valores constantes dicha prestación o dicho valor. En caso contrario, en países como los nuestros en que la devaluación de la moneda nacional, en menor o en mayor grado, es frecuente, surgiría un indebido aprovechamiento por el deudor, quien vería compensado su dolo o su culpa con pagos diminutos; es decir, con beneficios que repugnan a los más elementales principios de justicia. Entonces, en el caso de las obligaciones de valor contempladas en el artículo 1236, es la misma naturaleza de la obligación que, por lo general, está recogida en la propia ley, la que manda que uno tenga que pagar un valor y no una cantidad de dinero predeterminada.

Así las cosas, las obligaciones en las que se aplique el valorismo pueden provenir de cláusulas (artículo 1235) pactadas por las partes, o de la naturaleza de la obligación o de la propia ley, como es el caso de las obligaciones de valor del artículo 1236 del Código.

Juzgamos oportuno señalar que tanto las deudas que siguen la teoría valorista, como las que siguen la tesis nominalista, permiten el reajuste con intereses.

Por otro lado, en el artículo 1237 del Código se otorga la posibilidad de que se contraigan obligaciones en monedas extranjeras no prohibidas por leyes especiales y se establece como la regla general sobre la cual antes no cabía pacto en contrario que, cuando se contrae una obligación de ese tipo, el deudor podría pagarla en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día de vencimiento de la obligación.

Como se aprecia, una obligación contraída en moneda extranjera es, en definitiva, una obligación facultativa, en tanto supone la existencia de una prestación principal, que es la de pagar en moneda extranjera, pero el deudor, y solo el deudor, podría liberarse del cumplimiento de esa obligación pagando en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día del vencimiento de la obligación. Por el contrario, el acreedor no puede exigirle al deudor el pago en moneda nacional, porque en buena cuenta el deudor no debe moneda nacional, debe moneda extranjera.

Hoy en día si se pacta en contra de lo dispuesto por la norma general del 1237, el deudor podría no tener frente a sí una obligación facultativa, sino una obligación de dar dólares y, necesariamente, tendría que pagar en dólares, sin poder pagar en soles a ningún tipo de cambio. Esa es una posibilidad y además eso se pacta usualmente para evitar los problemas que con frecuencia se presentan respecto a la determinación del tipo de cambio de venta del día del vencimiento de la obligación.

Ahora, podría suceder que el deudor pague su obligación después de un tiempo de que esta venció. Si se realizara el pago en dólares no habría inconveniente pues, en caso de que se deba mil dólares —fuera del tema de los intereses moratorios que vamos a estudiar más adelante—,

serían mil dólares lo que se pagaría. En cambio, si el deudor decidiera pagar en soles sí surgiría una encrucijada, a saber, determinar a qué tipo de cambio se debe pagar.

Como solución, la norma le brinda al acreedor la opción de elegir entre esas dos posibilidades. Así, en caso de que el deudor decidiera pagar en soles, pero no lo hiciera el día en que vence la obligación, el acreedor es quien tiene la facultad de decidir qué fecha se tomará como referencia para determinar el tipo de cambio, si el día en que venció la obligación o el día en que efectivamente se realiza el pago.

Si al deudor no le agrada la elección del acreedor, tiene la posibilidad y el derecho de realizar el pago en dólares; es decir, tiene la posibilidad de pagar la obligación cumpliendo con su prestación principal. El acreedor nunca podrá obligar al deudor a que le pague en soles.

Con esta medida, lo importante es que, de pagarse en soles, debe hacerse al tipo de cambio venta, de modo que si el acreedor lo desea, pueda comprar la cantidad de dólares que le tenían que entregar.

1.3. Pago realizado por tercero

Es regla general del pago que este pueda ser efectuado por cualquier persona. En consecuencia, no solo el deudor puede pagar la obligación que adeuda. También puede pagar un tercero, tenga o no interés directo en el cumplimiento de la obligación. Sea que el pago lo realice el deudor o un tercero, se considerará que es válido. Más aún, el deudor incumpliente no podrá oponerse al pago efectuado por el tercero, tenga o no este tercero interés directo o indirecto en la ejecución de la prestación.

El Código peruano establece algunos supuestos de excepción que permiten que el deudor o el acreedor se opongan a la ejecución de la prestación por parte del tercero.

Naturalmente, si se hubiese pactado la no ejecución de la prestación por un tercero, el acreedor tendría el derecho de oponerse al pago, debido a que este sería un pago indebido o estaría recibiendo un pago que generaría un enriquecimiento sin causa. De aceptarse el pago por el acreedor,

este no tendría efecto liberatorio para el deudor, quien seguiría debiendo la prestación estipulada, salvo que tal pago fuera también admitido por el deudor, en cuyo caso las partes estarían revocando el acuerdo de no ejecución de la prestación por un tercero.

Tampoco será válido el pago realizado por tercero, cuando la naturaleza de la obligación lo impide. Este es el supuesto de las típicas prestaciones *intuitu personae*.

Ahora bien, como hemos señalado, la regla es que el tercero puede pagar con o sin asentimiento del deudor, pudiendo dicho asentimiento ser expreso o tácito. Será expreso en la medida en que así lo manifieste de manera precisa y clara. Será tácito, en cambio, si es que su conducta demuestra que, conociendo de la voluntad de pagar del tercero, no se opuso o no manifestó ser contrario a dicha pretensión.

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

Entendemos que la alusión a «aquello en que le hubiese sido útil el pago» puede confundir conceptos. Podría interpretarse que dicha frase se refiere a aquello en que hubiese sido útil el pago para quien pagó, pero ello carecería de sentido, pues podría tratarse del supuesto en el cual el pago lo haga una persona que no tenga interés alguno en la obligación. Por otra parte, también podría pensarse que se está aludiendo a aquello en que el pago hubiese sido útil al deudor. Este concepto sí tendría sentido en algunos casos, mas no en todos, ya que si un tercero paga la deuda del deudor, dicho pago, como regla general, le habrá sido útil íntegramente, pues lo habrá liberado de su anterior obligación (independientemente de si ese tercero que pagó pueda subrogarse o no ante el mencionado deudor). Los supuestos en que sí tendría sentido cabal esta segunda interpretación serían aquellos en que el tercero pague y la obligación del deudor ya hubiese prescrito —y por ende ya no le fuera exigible—, o que la obligación fuese objeto de alguna controversia sobre su cuantía —por citar otro caso—.

II. CAPÍTULO SEGUNDO: PAGO DE INTERESES

Los intereses, vinculando la figura con los derechos reales, pueden ser calificados como frutos civiles, puesto que son frutos que se devengan de un capital proveniente de una obligación nacida de la ley o de un contrato. Se trata, entonces, de frutos nacidos de una ficción jurídica. Sin embargo, los intereses van mucho más allá que eso. Y, en general, una de las definiciones más aceptadas con respecto a los intereses es que estos constituyen el costo del dinero. En realidad, se trata de una definición más que jurídica, económica. Los intereses son, pues, un fenómeno tanto jurídico como económico.

Los preceptos del Código sobre intereses únicamente se aplican a las operaciones de crédito celebradas entre los particulares, esto es, entre las personas naturales o jurídicas que no se encuentran dentro del sistema financiero.

En materia contractual solo existe un contrato en el que sí se presumen los intereses por disposición legal: el contrato de mutuo o préstamo de bienes consumibles. De este modo, si una persona le presta dinero u otro bien consumible a otra, en estricto derecho, no se tendría por qué pactar en ese contrato que el deudor—cuando le devuelva el bien—lo va a tener que devolver con intereses, porque la ley establece que, salvo que se pacte en contrario, el contrato de mutuo es con intereses.

Esa presunción de intereses no está presente en ningún otro contrato; lo que significa que para que operen los intereses en los contratos, es necesario que las partes así lo convengan al celebrarlos. Y es que el deudor solo deberá pagar intereses cuando ello se encuentre establecido por la ley o por el contrato.

¿Qué pasa si la obligación es en moneda extranjera? En tanto los intereses son un accesorio de la obligación, se aplica la regla según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal. De esta manera, si la obligación fue contraída en dólares, los intereses se devengarán en dólares y su pago

será en dicha moneda o, salvo pacto en contrario, en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

Conviene indicar que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor. De esta manera, el devengamiento de intereses opera en virtud de un mandato legal o del acuerdo de partes, dentro de los límites de la ley, sobre cualquier clase de obligación. No importa el objeto de su prestación, toda vez que el interés puede generarse del dinero, del capital o de cualquier otro bien, independientemente de la productividad o improductividad de estos.

Ahora bien, los intereses pueden ser clasificados de muchas formas.

Tomando como criterio a la fuente, los intereses son *convencionales* —los que nacen del pacto— o *legales* —los nacidos del mandato legal—. Sobre la base de su naturaleza, se distinguen en *compensatorios* y *moratorios*.

Los intereses convencionales son aquellos que nacen del pacto o convenio de las partes. Los intereses legales son los que se tienen que pagar por mandato de la ley como, por ejemplo, los intereses del contrato de mutuo y los intereses que se devengan en virtud de las normas de responsabilidad civil extracontractual a partir del acaecimiento de un daño resarcible.

En cuanto a su naturaleza, el interés compensatorio tiene como propósito restablecer el equilibrio patrimonial y de ese modo impedir el enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponer, a quien aprovecha el dinero o cualquier otro bien, una retribución adecuada por su uso. Por ello, los intereses compensatorios cumplen con la función económica de retribuir el uso de un capital ajeno. Así pues, se les denomina intereses compensatorios porque tienden a compensar el uso; o, para ser más exactos, la falta de uso del dinero o de cualquier otro bien.

En lo referente al devengamiento del interés convencional compensatorio, cabe señalar que para que este tipo de interés se genere, es necesario que se haya pactado, sea al momento de contraerse la obligación o posteriormente. Tal interés podrá devengarse a partir de la fecha convenida

por las partes o, en su defecto, desde que se contrajo la obligación, hasta el día del pago.

Por otro lado, los intereses moratorios son los intereses que se generan durante el periodo de la mora y cumplen la función económica de reparar el retardo en la ejecución de una obligación.

Sin perjuicio de que en nuestro ordenamiento legal, la responsabilidad del deudor por los daños y perjuicios que la mora en el pago cause al acreedor, se limita a los intereses moratorios, admite como excepción el pacto de daño ulterior.

Hay que señalar que el pago de los intereses moratorios constituye la forma de indemnización específica que corresponde al retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Sin embargo, en caso de haberse pactado la indemnización del daño ulterior y que el acreedor demuestre haberlo sufrido, además de recibir los intereses moratorios correspondientes, tendrá derecho al pago de una indemnización adicional que cubrirá la integridad de los daños y perjuicios ocasionados por la mora.

El devengamiento de los intereses moratorios requiere la concurrencia de ciertos supuestos de hecho. Estos son, a saber: que la deuda principal sea cierta, líquida y se encuentre vencida e impaga. Esto significa que sea conocida en su existencia y cuantía, y que sea exigible en su cumplimiento, sin que se haya verificado el pago. Como ya indicamos, también es necesario que se haya constituido en mora al deudor.

Atendiendo a la distinta función que cumplen los intereses compensatorios y los moratorios, es posible que un acreedor tenga derecho a recibir el pago de ambos tipos de intereses. Y es que los intereses compensatorios se orientan a cubrir, compensar o retribuir el uso que se hace del dinero durante el plazo del préstamo, por lo que se generan durante el tiempo en que está vigente tal obligación. Una vez vencida la obligación y constituido en mora el deudor, se generan intereses moratorios. Entonces, de haberse pactado interés compensatorio e interés moratorio, y en caso de que el deudor sea constituido en mora, a partir de ese día, no solo estará obligado a cumplir con la obligación pactada

y los intereses compensatorios que se hayan devengado, sino también con la suma del interés compensatorio que se va a seguir devengando y el interés moratorio.

Finalmente, debemos precisar que nuestra legislación civil ha optado por establecer un límite a los intereses que las partes libremente pueden convenir en las obligaciones de dar sumas de dinero, ello a través de la fijación de tasas máximas. Según el régimen vigente, la tasa de los intereses convencionales compensatorios o moratorios —para las personas ajenas al sistema financiero—¹ se determina por acuerdo de partes. Sin embargo, la tasa no puede ser pactada libremente o sin restricción alguna, porque el artículo 1243 del Código prevé tasas máximas.

Según lo previsto en dicha norma, la tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, y cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor. Las tasas máximas se calculan en función de las tasas del promedio ponderado de las tasas activas; o sea el promedio ponderado de las tasas que los bancos y las entidades financieras cobran por prestar dinero a sus clientes.

Precisado lo concerniente a las tasas máximas, corresponde referirnos a un tema distinto: la tasa de interés legal.

Primero, debemos resaltar que el concepto de *tasa de interés legal* no es equivalente al de los intereses legales. Los intereses legales son, simplemente, aquellos que se deben en función al mandato de la ley. En cambio, la expresión «tasa de interés legal» se refiere a la tasa que hay que pagar cuando haya que pagar intereses, y las partes no hubiesen pactado una tasa. En otras palabras, la tasa de interés legal es la que se aplica en defecto del establecimiento, legal o convencional, de la tasa de interés.

La tasa de interés legal se calcula en función del promedio ponderado para las operaciones pasivas; o sea, de las operaciones en las que los clientes

¹ Desde 1991 nuestro sistema tiene un régimen dual. Por un lado, tenemos a las tasas de los intereses de las operaciones que se encuentran dentro del sistema financiero; y, por otro lado, las tasas de aquellas operaciones que están fuera de este.

depositan su dinero en ahorro y lo que los bancos le pagan a sus clientes por ahorros. La tasa de interés legal, si la obligación ha sido contraída en moneda nacional, será la Tipmn (tasa de interés promedio ponderado para las operaciones pasivas en moneda nacional), y si ha sido contraída en moneda extranjera, será la Tipmex (tasa de interés promedio ponderado para las operaciones pasivas en moneda extranjera). Tanto la Tipmn como la Tipmex se calculan en virtud del promedio de lo que pagan los bancos por tasas de interés pasivas a sus ahorristas; por ende, se presume que, dada la diferencia entre lo que cobra una entidad financiera cuando presta y lo que paga cuando recibe depósitos de sus clientes, las tasas de interés legal son, generalmente, bajas.

Conviene precisar que la tasa de interés legal no hace distinción si es interés moratorio o interés compensatorio; es la misma tasa la que se aplica para ambos supuestos. No hay dos tasas de interés legal.

III. CAPÍTULO TERCERO: PAGO POR CONSIGNACIÓN

El deudor tiene, además del deber de pagar, el derecho a hacerlo. Es por ello que la ley civil peruana otorga al deudor que se encuentra ante la imposibilidad de efectuar un pago directo, la facultad de recurrir a un mecanismo que le permita extinguir su deuda; esto es, el pago por consignación.

La consignación es una de las formas de pago que busca la liberación del deudor, aun contra la voluntad del acreedor. Este medio extintivo de las obligaciones supone la liberación coactiva del deudor cuando la falta de colaboración del acreedor u otros obstáculos imposibilitan el pago directo y espontáneo. Esta liberación, sin embargo, solo opera con la ejecución de la prestación.

Según las partes que intervienen, consideramos que la consignación es el medio unilateral de pago por excelencia. Por la intervención de la voluntad humana, el pago por consignación es uno de carácter voluntario, toda vez que el deudor recurre a la consignación dada su voluntad de pago.

Por la satisfacción del interés patrimonial del acreedor, el pago por consignación es un medio satisfactorio, en tanto posibilita el cumplimiento de la prestación debida.

Una de sus características más notorias es que consiste, necesariamente, en un proceso judicial. Ello, porque es evidente que si el deudor agota todos los medios extrajudiciales a su alcance para efectuar el pago, y aun así desea pagar, deberá recurrir a la vía judicial. La consignación que prospere tendrá efecto retroactivo al momento del ofrecimiento de pago cuando el acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento; o cuando la oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada. El ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado. Por su parte, el extrajudicial se entiende efectuado el día en que es puesto en conocimiento.

El deudor, sin embargo, puede desistirse del pago ofrecido; y, en su caso, retirar el depósito efectuado antes de la aceptación del acreedor. También puede desistirse cuando el acreedor se ha opuesto al pago por consignación y esa oposición aún no ha sido desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.

3.1. Requisitos

Para que pueda efectuarse un pago por consignación deben concurrir los siguientes requisitos:

3.1.1. La existencia de una obligación

Solo podrá haber pago por consignación con la existencia previa de una obligación, la que debe ser una deuda líquida y exigible.

En cuanto a la naturaleza de la prestación que se pretende consignar, se ha dicho que esta solo puede ser una de dar o de un hacer que termine en un dar, por considerarse que no es posible efectuar el depósito de una prestación de hacer propiamente dicha o de no hacer.

3.1.2. Voluntad de pago por parte del deudor

El pago por consignación opera solo si el deudor tiene voluntad de pagar. Dicha voluntad se pone de manifiesto en el comportamiento del deudor. Este, para obtener su liberación, debe ofrecer primero el pago directamente al acreedor.

3.1.3. La imposibilidad de efectuar un pago directo

El deudor podría verse en la imposibilidad de pagar al acreedor aquello que le debe, ya sea por una negativa injustificada de este último al ofrecimiento del pago o por diversas circunstancias que impidan la realización de un pago directo. Ante ello, el deudor se encuentra facultado para ofrecer judicialmente el pago a fin de obtener su liberación.

En doctrina se considera que las siguientes circunstancias autorizan al deudor a realizar el pago por consignación:

- Negativa del acreedor a otorgar recibo.
- Rechazo a las reservas que se formulen al tiempo del pago.
- Negativa del deudor a la remisión de la deuda.
- Incapacidad del acreedor para recibir el pago.
- Ausencia del acreedor.
- Incertidumbre en el derecho del acreedor.
- Desconocimiento de la persona del acreedor.
- Un crédito embargado.
- Una deuda pignorada.
- Redención de hipotecas.

3.2. Clases de ofrecimiento

El ofrecimiento puede ser judicial o extrajudicial.

A través del segundo párrafo del artículo 1252 se establece que el ofrecimiento judicial de pago procede en determinados casos, que la norma se encarga de enumerar:

- Cuando así se hubiera pactado entre acreedor y deudor.
- Cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago.
- Cuando por causa que no sea imputable al deudor, este estuviera impedido de cumplir la prestación prevista.
- Cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la prestación que le compete.
- Cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto.
- Cuando se ignore el domicilio del acreedor.
- Cuando el acreedor se encuentre ausente.
- Cuando el acreedor fuera incapaz sin tener representante o curador designado.
- Cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran diversos acreedores.
- Cuando se presenten situaciones análogas a las enumeradas anteriormente, que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido.

Por otro lado, en el tercer párrafo del artículo 1252 se señala que el ofrecimiento extrajudicial deberá efectuarse en la forma siguiente:

- De la manera que estuviera pactada la obligación.
- En defecto de la manera que estuviera pactada la obligación, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado.
- En el mismo supuesto anterior, pero en caso de que la fecha del cumplimiento no estuviera determinada, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale.

Tanto el ofrecimiento judicial de pago como la consignación, se tramitan como proceso no contencioso, de la manera que establece el Código Procesal Civil.

IV. CAPÍTULO CUARTO: IMPUTACIÓN DEL PAGO

La imputación de pago consiste en el proceso por el que se entiende que el pago es referido a una determinada obligación y podría darse por una situación tácita, en la que, junto al pago, no habría necesidad de decir o manifestar algo.

Para ilustrar mejor esta idea, pensemos que una persona X tiene tres obligaciones distintas con una persona Y. Una obligación consiste en dar un libro; otra, en pintar un cuadro y entregarlo, y una tercera, en entregar mil soles. En este caso, no hay forma de confundir el cumplimiento de una prestación con el de otra, pues tales prestaciones no tienen la misma naturaleza.

El problema con la imputación del pago tampoco se presenta si un deudor le debe a su acreedor mil soles y el deudor, efectivamente, se los entrega. Al existir únicamente esa obligación entre ambos, es lógico que el pago que se realice, tenga por finalidad extinguirla.

Por tanto, la imputación del pago se presenta en los casos en que un deudor deba a un mismo acreedor dos o más prestaciones de la misma naturaleza y homogéneas; es decir, que todas ellas sean de dar o de hacer. Y siempre que existan dudas, lo reiteramos, sobre cuál obligación se extingue. En materia de imputación del pago, entonces, en algunas ocasiones será importante señalar qué obligación es la que se está pagando, pero en otras no.

Pongamos un ejemplo. Supongamos que un deudor X debe a su acreedor Y tres obligaciones, las que consisten, todas ellas, en la entrega de mil soles, son de fechas sucesivas, todas ya vencieron y ninguna tiene garantía. El deudor se acerca y paga una, sin que la imputación del pago represente materia de preocupación ni para el deudor ni para el acreedor, porque es prácticamente irrelevante cuál de ellas se está pagando. No hay

gran diferencia en que se pague la que se contrajo el 1 de enero, la que se contrajo el 2 de enero o la que se contrajo el 3 de enero; da lo mismo, ya que entre ellas no hay grandes diferencias. Sí sería relevante, en cambio, si las obligaciones no fuesen de mil soles, sino de un millón o más de soles, y si una de las obligaciones tuviera garantía y las otras no. En un escenario así, es probable que le sería más conveniente al deudor, imputar el pago a la obligación que está garantizada.

En caso que, en efecto, el deudor imputara el pago a la obligación garantizada, el acreedor no podría rechazarla. El acreedor sí podría rechazarla si el deudor, debiendo mil soles de capital y 300 de intereses, tratase de imputar el pago de 300 soles al capital, pues de aceptar esa imputación, lo único que estaría logrando es que se reduzca el capital, y cada vez se generen menos intereses.

Nos explicamos. El capital genera intereses, pero estos no generan intereses a menos que se incorporen al capital. De este modo, está prohibido que los intereses generen intereses, pero lo que sí está permitido, y se aplica en el Perú desde el año 1991, es la ficción legal de que apenas se genera el interés, se incorpora capital y, ya incorporado, sí genera intereses. Entonces, si hablamos de un capital que genera intereses y estos tienen una capitalización diaria, ello significa que cada día los intereses se van incorporando al capital, con lo cual los intereses del segundo día no se calculan sobre mil, sino sobre mil uno; y los intereses del tercer día se calcularán no sobre mil uno, sino sobre mil dos con diez céntimos, porque el interés del tercer día ya no será igual al del segundo, y el del cuarto no será igual al del tercero ni al del segundo ni al del primero.

Lo que acabamos de explicar se conoce con el nombre de *tasa de interés efectiva* y, a grandes rasgos, implica que los intereses se capitalizan permanentemente. Si no se pactara la tasa efectiva que permite la incorporación de los intereses al capital, una deuda de mil soles podría generar 300 soles de intereses acumulados. En ese cuadro, el deudor debería mil soles de capital y 300 de intereses. Si el deudor pagase 300 soles y quisiera imputarlos al capital, el acreedor podría rechazarlo.

Volviendo al ejemplo de las tres obligaciones en donde una está garantizada, en caso de que el deudor entregase al acreedor mil soles, pero sin indicar cuál de las tres está pagando, ¿a cuál se imputa el pago? Al acreedor le conviene imputar ese pago a la obligación que no está garantizada y, en caso de que el deudor no haya realizado él mismo la imputación, podría hacerlo porque pasó el turno del deudor. El deudor tiene turno; la prerrogativa de imputar el pago válidamente hasta antes de que el acreedor le otorgue recibo.

Veamos ahora la imputación parcial.

El señor X se acerca al señor Y, y le paga 500 soles de la primera obligación.

¿Cómo se imputa ese pago parcial? ¿A cuál de las tres obligaciones se le imputa? En primer lugar, debemos advertir que sobre la base del principio de integridad, el acreedor podría negarse a recibir ese pago parcial. Asumiendo que no se niega a recibirlo, se imputaría a la primera obligación porque eso fue lo que señaló el deudor al realizar el pago.

Si el deudor no hubiese imputado el pago parcial, el acreedor podría, luego de aceptar el pago parcial y antes de la entrega del recibo, imputar ese pago a la obligación que él quisiese; o, en tanto se trata de un pago parcial, imputarlo proporcionalmente a dos o tres de ellas.

Y si el deudor se acercara y entregara dinero suficiente para pagar totalmente una de las tres obligaciones, el acreedor, ante el silencio del deudor, ¿podría realizar una imputación proporcional como si se tratara de un pago parcial de dos o tres de ellas? Es discutible. En nuestra opinión, en caso de que el acreedor lo hiciera, el deudor podría cuestionarlo con el argumento de que el principio de integridad no solo existe para beneficiar al acreedor sino también al deudor.

Así pues, siempre que se realice un pago y pudiera existir la duda de qué obligación se está pagando, es recomendable que el deudor impute él mismo el pago. Si el deudor no efectúa la imputación, es también recomendable que el acreedor indique qué obligación se está pagando.

Nuestro derecho prescribe que, en principio, el deudor tuvo la posibilidad de imputar. En segundo término, y hasta la entrega del recibo, lo pudo hacer el acreedor. Si el deudor no imputó y el acreedor tampoco lo hizo, rigen entonces las reglas de la imputación legal que se encuentran recogidas en el artículo 1259 del Código.

La primera regla de la imputación legal establece que el pago se aplica a la obligación menos garantizada. Y ello es así porque al derecho le interesa que las deudas contraídas se paguen, de modo que si hay una que está más garantizada que otra, el derecho opta por imputar el pago a la menos garantizada, pues la otra tiene más probabilidades de ser cobrada.

Conviene señalar que no siempre va a ser fácil identificar cuál de dos obligaciones está más garantizada que otra. Claro, si una tiene garantía y otra no, es tarea sencilla identificarla, no obstante, hay situaciones en las que eso se complica e, incluso, en las que las obligaciones se encuentran igualmente garantizadas.

Como segunda regla y siempre que las obligaciones en cuestión se encuentren igualmente garantizadas, la norma prescribe que se deberá imputar el pago a la obligación más onerosa para el deudor (*favor debitoris*).

En nuestra opinión, que una sea menos onerosa que la otra se determina por los intereses, ya que es más onerosa aquella deuda que tiene una tasa de interés más alta.

Podría ocurrir que todas las obligaciones se encuentren igualmente garantizadas y sean, además, igualmente onerosas; en tal caso, la norma dispone, por una cuestión de orden, que el pago se impute a la obligación más antigua. Aquí debemos subrayar que la deuda más antigua no es la que se contrajo primero, sino la que venció primero.

Por último, podría suceder que las obligaciones no solo estén igualmente garantizadas y sean igualmente onerosas, sino que también tengan la misma antigüedad. El Código ha previsto esa posibilidad, y ha establecido que, de ocurrir, la imputación deberá hacerse de manera proporcional.

V. CAPÍTULO QUINTO: PAGO CON SUBROGACIÓN

5.1. Distinguiendo el pago con subrogación del pago por tercero regulado en el artículo 1222 del Código

Cuando estudiamos el pago comentamos que este puede ser efectuado incluso por un tercero, sin que importe si pueda o no calificarse como tercero interesado.

Podemos definir al tercero interesado como aquella persona que, no siendo deudora, puede sufrir un menoscabo en un derecho propio o en su esfera jurídica o patrimonial si la deuda no se paga. En este grupo se encuentran, por ejemplo, el tercero poseedor de un inmueble hipotecado, el garante real, el adquirente de un bien que fuera donado con cargo y otro acreedor del deudor.

Como contrapartida, será tercero no interesado aquel que paga una deuda ajena, pese a que su incumplimiento por parte del deudor no le generaría un detrimento de su situación jurídica y económica.

Dado que el interés del tercero se mide en función de la afectación jurídica o económica que podría generar el incumplimiento de la obligación, y que es inusual que alguien pague la deuda de otro sin ninguna razón, el tercero no interesado suele ser un sujeto que tiene un interés personal, pero no jurídicamente relevante.

Según esas premisas, es preciso decir que, en ocasiones, cuando el pago es efectuado por un tercero, solo dará lugar a la acción de repetición contemplada por el segundo párrafo del artículo 1222 del Código. Así, cuando un tercero no interesado paga la deuda que tiene el deudor con el acreedor y paga, además, sin asentimiento del deudor y sin que se hubiese producido ninguno de los supuestos de pago con subrogación convencional del artículo 1261 del Código, que luego analizaremos, aquel tercero puede reclamar al deudor el reembolso de todo aquello en que le hubiese sido útil el pago.

Cuando el tercero no interesado realiza el pago, son dos los efectos que genera esta situación. Por un lado, causa la extinción de esa obligación;

y, por otro, da al tercero la posibilidad de cobrar al deudor en virtud del segundo párrafo del artículo 1222 del Código; pero, sin que ello signifique que él ocupe el lugar que tenía el acreedor en la obligación anterior, que es lo que ocurre cuando se configura el pago con subrogación. Queda claro, entonces, que el segundo párrafo del artículo 1222 no contempla supuesto alguno de pago con subrogación.

Ya en lo que concierne al pago con subrogación, debemos expresar que aquel implica que quien paga se subroga en lugar del acreedor; es decir, lo sustituya y reemplace para todo efecto.

Como es lógico, solo habrá pago con subrogación si se paga de manera previa. Tengamos en cuenta que la subrogación es el efecto del pago o, lo que es lo mismo, el pago es la causa de la subrogación.

El pago con subrogación es una variante del pago, en la medida en que se produce cuando quien paga es una de las personas previstas por la ley para efectos de la subrogación legal o convencional, que tiene características muy especiales en cuanto el pago deviene en extintivo para el acreedor que se beneficia con él, mas no lo es para el deudor por quien se paga ni para quien paga por dicho deudor. Ello porque el tercero que paga, al ocupar el lugar del acreedor en la relación obligatoria, puede ejercer todos los derechos del acreedor para con el deudor.

El pago con subrogación, en tal sentido, representa un desdoblamiento de la propia obligación, la que, por un lado, se extingue; y, por otro, mantiene su vigencia.

De acuerdo con sus efectos, el pago con subrogación es un medio no extintivo, en estricto, pues si bien tal institución significa un pago, este es relativo, ya que hace que subsista la relación jurídica, solo que ella tendrá un nuevo acreedor. El pago con subrogación, y más allá de quién siga siendo el acreedor, no extingue, en consecuencia, la relación obligacional en forma definitiva.

Por medio de la subrogación, el subrogado sustituye al acreedor en todos los derechos, acciones y garantías que este tenía frente al deudor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado. Si el tercero solo pagase

parte de la deuda, tendríamos a un deudor con dos acreedores: el original y el tercero.

Cabe mencionar que aunque este es un supuesto excepcional, en realidad una de las formas a través de las cuales surgen las obligaciones de sujeto plural es a través de la subrogación parcial. Otra forma es la cesión parcial de créditos. En ambos casos se podría haber estado en presencia de una obligación de sujeto simple o singular; y a través de estas figuras jurídicas de cesión parcial de derechos o pago con subrogación parcial se transforma esa obligación de sujeto singular en una obligación de sujeto plural.

5.2. Modalidades del pago con subrogación

El pago con subrogación tiene dos grandes facetas o modalidades: la subrogación legal o de pleno derecho y la subrogación convencional.

5.2.1. Subrogación legal o de pleno derecho

Cuando quien cumple la obligación es un tercero que tiene legítimo interés, se subroga de pleno derecho en aplicación de lo establecido en el artículo 1260 del Código, el cual contempla tres supuestos:

- a) De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

El inciso 1 del artículo 1260, en tanto supone que quien paga es codeudor de una obligación solidaria o indivisible, regula el caso en el que ya hay un pago que importa que el antiguo codeudor y ahora nuevo acreedor solo pueda cobrar el saldo en la relación interna. Además, y esto también debe destacarse, en el caso específico que regula el inciso 1, esa obligación que era indivisible o solidaria, tras el pago —y en la relación interna—, se convierte en una obligación divisible y mancomunada.

b) De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.

Por ejemplo, de una persona con legítimo interés podemos mencionar al garante de un deudor.

Imaginemos que el deudor (D) y el tercero son hermanos y que este último ha garantizado el pago de una deuda de 60 000 soles, con una hipoteca sobre su propia casa. Llega el momento en que D tiene que pagar la deuda a su acreedor, pero no cuenta con los recursos para hacerlo. En ese caso, esto es, ante el incumplimiento de D, el tercero puede optar por dejar que el acreedor ejecute la garantía; es decir, remate su casa, o por pagar la deuda de 60 000 soles.

Si el tercero decide pagar los 60 000 soles, se configuraría el segundo de los supuestos de pago con subrogación legal, por lo que el deudor ya no debería al acreedor original, sino al tercero que ha pasado a ocupar el lugar de aquel. En este caso no hay dos obligaciones, hay una sola; el pago con subrogación no origina novación ni cesión de derechos. La obligación va a continuar y el acreedor va a ser sustituido por el tercero, quien al reemplazarlo podrá promover todas las acciones contra el deudor que correspondían al acreedor original.

Cabe recordar que la subrogación podría ser parcial si el garante solo pagase parte de los 60 000 soles. Si el tercero paga 60 000 soles, se subroga por ese monto y si solo paga 10 000, pues se subroga por dicha cantidad.

c) Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.

Consideramos que el supuesto del inciso 3 del artículo 1260 está de más. Ello, porque este tercero también es uno interesado. De tal manera que este inciso no hubiese sido necesario, en estricto, por encontrarse ya comprendido dentro de los alcances del inciso 2 del propio artículo 1260 del Código.

5.2.2. Subrogación convencional

Esta modalidad se encuentra regulada por el artículo 1261, precepto que consta de tres incisos, cada uno de los cuales contempla un supuesto diferente.

De acuerdo con lo señalado por el inciso 1, la subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y este lo sustituye en sus derechos. Para que se configure el supuesto, un tercero debe pagar la deuda al acreedor. El tercero, sin embargo, no debe ser uno interesado, pues de serlo, se estaría configurando el supuesto regulado en el inciso 2 del artículo 1260 sobre subrogación legal.

Para que opere la subrogación convencional no es suficiente que un tercero no interesado realice el pago. Se requiere, además, un acuerdo subrogatorio entre el tercero no interesado y el acreedor a quien le paga. Es en este acuerdo, precisamente, en el que se establece que el tercero no interesado se subroga en el lugar del acreedor. Por ello, a este supuesto se le denomina *subrogación convencional*.

De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 1261, la subrogación convencional opera también cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor. Aquí no hay convenio subrogatorio entre el tercero y el acreedor, pero sí entre el tercero y el deudor, en el sentido de que el deudor lo ha autorizado para que pague su deuda.

Según lo establecido por el inciso 3 del artículo 1261 del Código, la subrogación convencional tiene lugar cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, se haga constar tal propósito en dicho contrato y se haya expresado su procedencia al tiempo de efectuar el pago.

Por lo confusa que resulta esta norma, juzgamos que mejor hubiese sido no incluir en el Código el citado inciso 3, que por lo demás ni siquiera resulta necesario. En efecto, si un tercero presta dinero a alguien para que cumpla con pagar una deuda, no debería producirse la subrogación

cuando aquel realiza dicho pago. El pago debería simplemente extinguir la obligación que tenía el deudor con su acreedor. Quien presta el dinero podría cobrar su acreencia en virtud de la obligación nacida al celebrarse el contrato de mutuo.

VI. CAPÍTULO SEXTO: DACIÓN EN PAGO

La dación en pago es una figura que otorga la posibilidad de que el deudor, previa aceptación por parte del acreedor, cumpla con su obligación al ejecutar una prestación diferente a la que se había comprometido.

Asimismo, permite sustituir una prestación por otra, sin importar la naturaleza que tenga cada una. Se podría sustituir una prestación de dar por una de hacer o por una de no hacer; podría sustituirse una prestación de no hacer por una de hacer; en fin, todas las combinaciones son posibles.

Aunque, generalmente, se entiende que la dación en pago implica el acuerdo de pagar con algo distinto a lo debido, que es seguido inmediatamente por el pago mismo; en realidad no existe unanimidad de criterio respecto del carácter inmediato que debe poseer dicho pago. De esta manera, un sector mayoritario de la doctrina sostiene que para que la sustitución de la prestación acordada por las partes pueda calificarse como dación en pago, resulta imprescindible que el pago siga de manera inmediata a tal acuerdo.

En nuestra opinión, una postura tan categórica como esa no es precisa por no integrar a su análisis elementos de juicio importantes.

Sin perjuicio de lo anterior, advertimos que la doctrina, básicamente, distingue las figuras de la dación en pago y de la novación a partir del criterio temporal, por lo que importa, entonces, el tiempo que transcurre entre el acuerdo y el pago. Así, cuando al acuerdo que establece la sustitución de la prestación le sigue inmediatamente el pago, estaríamos en presencia de una dación en pago. En cambio, cuando tal acuerdo no es seguido inmediatamente por el pago, sino que media un lapso considerable entre uno y otro momento, estaríamos en presencia de una novación.

¿Y qué es la novación? Es un medio de extinción de obligaciones. Como veremos y explicaremos más adelante, hay más de una forma de novación; sin embargo, en esta parte la que nos interesa, por su similitud con la dación en pago, es la *novación objetiva*. En virtud de la novación objetiva, acreedor y deudor acuerdan extinguir una primera obligación, pero no pagándola, sino sustituyéndola por otra que se caracteriza por tener un objeto distinto.

Si esto lo graficáramos, sería así: dos sujetos, deudor y acreedor, tienen una obligación cuyo objeto es la prestación Y. El deudor y el acreedor acuerdan extinguir esa primera obligación; y, asimismo, dar nacimiento a una nueva obligación. Esa nueva obligación ya no va a tener por objeto la prestación Y, sino la prestación Z.

Como se observa, a diferencia de lo que ocurre en la dación en pago, no estamos en presencia de una misma obligación, sino de dos obligaciones. La primera se extingue al nacer la segunda obligación, que es justamente la que la reemplaza.

Aquí surge la pregunta de si la dación en pago implica novación o no implica novación. La respuesta puede ser tanto afirmativa como negativa, ya que la doctrina está claramente dividida al respecto.

Pero, asumamos por un momento, como hacen la mayoría de autores, que la dación en pago no es una novación y que, en definitiva, las figuras se pueden identificar a partir del tiempo que transcurre entre el acuerdo y el pago efectivo. Esa posición nos presenta una dificultad; a saber, determinar cuánto debe ser ese tiempo para que dejemos de estar en presencia de una dación en pago que, teóricamente, no implicaría una novación.

Aunque el tema del tiempo ya es un problema, no es el más importante. El problema más relevante son los efectos de asumir que la dación en pago no es novación, dado que esto conlleva aceptar que, pese a que se acuerda pagar con algo distinto, el deudor no debe ese algo distinto.

Utilicemos un ejemplo para entender mejor las consecuencias que acarrea aceptar o rechazar que la dación en pago es también novación: el 10 de julio D le vende a A un televisor Panasonic usado por cien dólares

y acuerdan que D lo llevará a su casa para entregarlo el día 13 de julio. Llegado el día 13, D toca la puerta de la casa de A y cuando este sale, le pregunta si tendría algún problema en que, en lugar de entregarle el televisor Panasonic, le entregue el otro que tiene, marca Sony; y que A también conoce. A acepta. D va a su automóvil, saca el televisor Sony y está listo para realizar la entrega. No obstante, cuando se encuentra a unos pocos metros de la casa de A, unos ladrones le roban el artefacto y huyen.

En un caso como este, aplicando la teoría del riesgo, ¿D debe algo o no debe nada? La respuesta dependerá de otra pregunta; esto es, si el acuerdo implicó o no que se cambie la obligación de entregar el Panasonic por el Sony o si no hubo modificación alguna, de modo que D nunca dejó de adeudar el televisor Panasonic.

La respuesta a esa pregunta dependerá estrictamente de la posición teórica que uno tome acerca de la dación en pago. Si adoptamos como posición que la dación en pago no implica novación, sería irrelevante que el televisor Sony haya sido robado, pues la obligación del deudor nunca habría dejado de ser la entrega del televisor Panasonic. En cambio, si nosotros asumiésemos como postura que la dación en pago implica novación, por más breve que sea el lapso que transcurre entre el acuerdo y el pago, tendríamos que decir que ya no se debía el televisor Panasonic sino el Sony, y que como se lo robaron después de que el deudor vendió el televisor Sony, entonces, se robaron el bien cierto. Se perdió sin culpa de las partes; y, en consecuencia, se produjo uno de los supuestos de pérdida del artículo 1137 del Código. Por lo tanto, aplicando el artículo 1138 en teoría del riesgo, la obligación quedaría sin efecto porque el bien se habría perdido sin culpa de las partes. El deudor no tendría que entregar ningún televisor y el acreedor no tendría que pagar el precio.

En definitiva, todo dependerá de la posición teórica que se asuma en torno a cómo concebir la dación en pago; si considerarla o no una novación. Cabe destacar que la posición que se adopte también va a determinar que se extingan o no las garantías constituidas respecto de la primera obligación. De considerarla como novación, esas condiciones ya

no serían exigibles al extinguirse la obligación en la que fueron pactadas, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Si, por el contrario, sostenemos que la dación en pago no implica una novación; y, por consiguiente, no se trata de un cambio de una obligación por otra, sino que hay una única obligación en la que solo varía la prestación, el deudor tendría que realizar el pago respetando todas las condiciones y garantías de esa única obligación.

Además de las dificultades en cuanto a los efectos, negar que la dación en pago es, en definitiva, una novación, conlleva también grandes dificultades a nivel teórico. Y es que al aceptar que la dación en pago no es una novación, estaríamos asumiendo que el acuerdo entre el deudor y el acreedor, en el que señalan que la obligación se cumplirá ejecutando una prestación distinta a la pactada, es un acuerdo irrelevante que no posee ninguna consecuencia económica.

Pero, hay que agregar una incoherencia teórica más. Quienes consideran que en la dación en pago no hay una novación, niegan que el acuerdo provoque el nacimiento de una nueva obligación, pero ¿es posible pensar que alguien realice un pago ejecutando una prestación a la que nunca se obligó?

Un razonamiento como aquel quebraría el principio de identidad que, sin embargo, no se vería violentando asumiendo que la dación en pago sí es una novación.

Por todo lo dicho, en nuestra opinión, la dación en pago sí implica una novación, sí supone la extinción de una obligación y el nacimiento de otra; no obstante, volvemos a señalar, no existe unanimidad sobre el tema.

Cabe indicar que el Código —como la inmensa mayoría de códigos del mundo— regula la dación en pago por un lado y la novación por otro; es decir, le otorga a cada figura un tratamiento normativo independiente.

Para determinar qué normas son aplicables, lo más conveniente es tomar en cuenta, más que el elemento temporal, el pago mismo. Así, el elemento esencial que distingue la dación en pago de la novación es el pago. No hay dación en pago sin pago, pero sí hay novación sin pago.

La dación en pago implica no solo el acuerdo de que el pago se realice ejecutando una prestación distinta a la convenida, sino que ese pago se realice efectivamente. Esa exigencia, sin embargo, más que esclarecer las interrogantes sobre la autonomía de esta figura respecto de la novación, las acrecienta. En derecho, especialmente, si nos encontramos en el ámbito del derecho de obligaciones, cuando uno se obliga a algo tiene que cumplirlo.

VII. CAPÍTULO SÉTIMO: PAGO INDEBIDO

7.1. Nociones generales

Cuando por error se ejecuta una prestación sin que haya existido obligación de verificarla, se configura un pago indebido, un pago falto de equidad; y, por tanto, contrario a la justicia, el cual se convierte en causa eficiente del derecho a exigir y de la obligación de restituir lo ilegítimamente pagado. Y es que si se acepta el cumplimiento de una prestación sobre la cual no se tenía derecho y que por error fue ejecutada, un elemental principio de justicia obliga a restituirla.

Para que pueda configurarse un supuesto de pago indebido, es necesario que concurren los siguientes requisitos: que el pago no sea debido y que el pago se realice por error.

Entonces, presupuesto inicial de esta institución es la inexistencia de una obligación entre quien paga y quien acepta el pago. A nuestro modo de ver, es claro que la institución del pago indebido entraña la ejecución de una prestación que no se debía, antes que el cumplimiento de una prestación diferente a la estipulada. No obstante, este comprende también otras hipótesis en las cuales el pago —además de efectuarse por error— dista de lo estipulado.

El error es otro elemento esencial de esta figura y puede ser de hecho o de derecho.

Quien alega haber efectuado un pago indebido deberá probar, en primer lugar, que ha pagado. Ello podría acreditarse mediante un recibo o cualquier otro medio probatorio previsto por la ley procesal peruana.

Demostrado el pago, quien pretende haberlo efectuado deberá probar, además, el error con que lo hizo. La demostración del error podría efectuarse a través de cualquiera de los medios probatorios permitidos por la ley.

El pago indebido se configura en diversos supuestos, entre los que podemos mencionar los siguientes:

7.1.1. El doble pago

Cuando por error se paga una deuda que ya estaba pagada, se configura un pago indebido.

7.1.2. El pago en demasía

Si por error se paga en exceso, se paga indebidamente, de suerte que se tiene el derecho de exigir la restitución del excedente. En este supuesto existía la obligación de verificar un pago, pero solo respecto de lo adeudado. Sobre el exceso, en realidad, no existía deuda.

7.1.3. El pago de una deuda sujeta a condición aún pendiente

Quien contrae una obligación bajo condición y paga antes de que esta se cumpla, paga indebidamente, toda vez que la condición suspende o resuelve la existencia de la obligación.

7.1.4. El pago de una deuda sujeta a plazo suspensivo

El tema atinente a la repetición de lo pagado durante la pendencia del plazo es controvertido. Creemos que cuando el deudor paga antes del vencimiento del plazo suspensivo, a sabiendas de que lo hace por adelantado, no tiene derecho a la repetición; en tanto que si pagó ignorando el plazo, podrá repetir lo pagado. El elemento clave es el error.

7.1.5. *El pago con prestación distinta a la debida*

Hay *solutio indebiti* cuando por error se paga una deuda existente, pero con una prestación que no se debía. Aquí el error constituye la nota característica que permite diferenciar a la dación en pago de este particular supuesto de pago indebido.

7.2. Consecuencias del pago indebido

El pago indebido constituye una fuente de obligaciones y, como tal, su principal consecuencia es el nacimiento de una obligación de restitución.

Ahora, hay elementos que son determinantes en torno a las otras consecuencias que puede generar el pago indebido. Así, estas variarán en función a la buena o mala fe con que haya actuado quien recibió el pago indebido; o también, si el bien entregado en pago fue enajenado. En este último caso, interesa si la enajenación fue a título gratuito u oneroso, y si el tercero que adquirió el bien lo hizo de buena o mala fe.

Centrándonos en la buena o mala fe de quien recibe el pago indebido, debemos precisar que así como el error de quien paga indebidamente es el error que configura el pago indebido, el error de quien recibe el pago indebido es el fundamento de una hipotética buena fe.

Señalado esto, corresponde advertir que el artículo 1268 del Código peruano establece:

Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente solo podrá dirigirse contra el verdadero deudor.

Como se observa, se exime de la obligación de restituir a quien hubiera recibido el pago indebido de buena fe y hubiese deteriorado o dejado extinguir las vías y mecanismos que el derecho le franquea para el cobro de su crédito.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 1271 establece los efectos del pago indebido verificado en favor de una persona que procedió con buena fe y dispone no solo la restitución, sino el pago de intereses o de frutos, e incluso el del valor del bien, en caso de pérdida o deterioro, siempre que por tales hechos se hubiese enriquecido.

Las consecuencias son distintas cuando quien recibió el pago indebido lo hizo de mala fe; es decir, con el propósito de aprovecharse del error de quien estaba dispuesto a efectuar tal pago y, obviamente, con el ánimo de apoderarse de aquello que indebidamente recibe.

Quien recibió el bien 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. Asimismo, debe responder por 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. En este último caso, puede liberarse de esta responsabilidad siempre y cuando acredite que el bien se perdió o deterioró por una causa no imputable y que esa causa no imputable hubiera afectado el bien del mismo modo, incluso si este hubiera estado en poder de quien lo entregó por error.

En lo que concierne a los efectos del pago indebido cuando este ha sido enajenado, cabe reiterar que las reglas varían en razón de dos factores: la buena fe de los involucrados y el carácter oneroso o gratuito de la enajenación.

Ya que hemos indicado que la buena fe de quien recibe el bien se sustenta en su error, debemos advertir que en el caso del tercero que adquiere un bien enajenado por una persona que recibió tal bien por error de quien lo entregó como pago, la buena fe se determina en razón de su conocimiento de las circunstancias. La ignorancia de la situación y, como correlato, la creencia de que quien enajena el bien puede hacerlo sin problemas, es lo que determina su buena fe.

Cuando quien aceptó el pago indebido de mala fe enajenó el bien y el tercero que lo adquirió también obra de mala fe, quien pagó

indebidamente puede exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título oneroso y de mala fe. Adicionalmente, puede exigir indemnización de daños y perjuicios a quien aceptó el pago indebido de mala fe, al tercero adquirente de mala fe o a ambos solidariamente. Esto, sin que importe si la enajenación fue a título gratuito o a título oneroso. Aquí lo que importa es la mala fe del enajenante y del tercero.

Cuando quien recibió el bien de mala fe lo vende a título oneroso a un tercero que obra de buena fe, la ley civil peruana protege al tercero reconociéndole un derecho de propiedad firme sobre el bien. En consecuencia, quien pagó indebidamente no podrá exigir la restitución del bien. Únicamente podrá accionar contra quien aceptó el pago indebido de mala fe, a fin de exigir su valor, más la indemnización de daños y perjuicios, de ser el caso.

Cuando la enajenación por quien recibe el pago indebido de mala fe es a título gratuito y el tercero adquiere el bien de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir a quien recibió, el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que le haya ocasionado. Además y a diferencia del supuesto anterior, puede exigir la restitución del bien al tercero. Como es evidente, esta regla se fundamenta en claras consideraciones de equidad. El tercero adquiere el bien a título gratuito; vale decir, sin contraprestación. Esto es, sin haber sufrido detrimento patrimonial alguno, en tanto que quien efectuó el pago indebido se halla despojado sin causa de un bien que legítimamente le pertenecía, aun cuando esta situación se haya originado sobre la base de su propio error.

De otro lado, si quien acepta un pago indebido de buena fe hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, debe restituir el precio o ceder la acción para hacerlo efectivo. Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos, solo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.

TÍTULO III. NOVACIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La novación es un medio extintivo de obligaciones, que puede tener su origen tanto en la voluntad como en la ley, y cuyo objeto es extinguir una obligación, pero a la vez crear otra. Dentro de tal orden de ideas, la novación no tiene por objeto, ni siquiera de manera ficta, dar por extinguida una obligación considerándola cumplida. Justamente procede cuando la obligación que se desea extinguir es una sobre la cual las partes no tienen un verdadero *animus solvendi*, por lo menos en los términos (objeto o sujetos) en que ha sido contraída.

Con ello no estamos expresando, desde luego, que las partes de la relación obligatoria no deseen extinguir su relación obligatoria, sino que su extinción es consecuencia de su ánimo de novarla, es decir, de su intención de cambiarla por una segunda obligación. De esta forma, con la novación se extingue la primera obligación y surge una segunda obligación que el deudor de esta segunda obligación deberá cumplir para liberarse. Queda claro que una novación nunca supondrá la coexistencia de la obligación anterior y de la nueva. La creación o el nacimiento de la nueva obligación importará, necesariamente, la extinción de la anterior.

Debemos precisar que la novación presenta dos facetas claramente identificables, ya que puede producirse en forma objetiva, sea por cambio en la prestación o en el título de la obligación, o en forma subjetiva. En este último caso, también podrán presentarse dos características distintas: que se produzca por cambio de acreedor o por cambio de deudor. A su vez, existen dos modalidades de novación subjetiva por cambio de deudor: la *modalidad de delegación* y la *modalidad de expromisión*. Cabe resaltar, sin embargo, que la novación también podría ser mixta.

Otro aspecto que no podemos dejar de subrayar es que, en tanto la novación implica que la obligación primigenia se extingue, todos sus accesorios —léase garantías— también se extinguen. Así, las garantías que podrían haberse constituido respecto de la primera obligación no se transmiten a la segunda como efecto de la novación.

Si la primera obligación estaba garantizada, por ejemplo, con una hipoteca y las partes novan esa obligación y crean una segunda, la hipoteca se extingue junto a la obligación primigenia puesto que la hipoteca era un accesorio de esa obligación. Para que la segunda obligación también tenga como garantía una hipoteca, será necesario que las partes lo pacten, es decir, que vuelvan a constituir la hipoteca respecto de la segunda obligación.

De otro lado, conviene resaltar también que existen algunas obligaciones en las que la novación puede pasar desapercibida, por lo que siempre es necesario tener mucho cuidado a la hora de realizar acuerdos. No olvidemos que, como acabamos de anotar, cuando se produce la novación, las garantías de la obligación primigenia se extinguen con ella.

Ilustremos esto con un ejemplo. Una empresa le debía a un banco la suma de S/ 3 350 000 que estaba garantizada por tres fiadores y necesitaba un crédito adicional. El banco accede a prestarle otra suma de dinero, pero con la condición de que «dolaricen» la deuda ya existente. La empresa acepta y la deuda por S/ 3 350 000 pasa a ser una deuda por un USD1 000 000 (supongamos que el tipo de cambio en esa fecha era de S/ 3.35 por dólar americano). El banco, entonces, le da el nuevo préstamo que solicitó.

El caso que acabamos de narrar, aunque para algunos pueda pasar desapercibido, es un ejemplo de novación. No es lo mismo deber S/ 3 350 000 que USD1 000 000. Esto queda claro si tomamos en cuenta que, si bien en el día en que se lleva a cabo el cambio en la moneda ambos valores coinciden, al día siguiente esos valores pueden no coincidir.

Lo importante es que la obligación en virtud de la cual se deben S/ 3 350 000 no es la misma que aquella en que se establece que se debe USD1 000 000. Los tres fiadores que respaldaban la primera obligación ya no respaldan la segunda pues, lo repetimos, las garantías se extinguen con la obligación primigenia.

Por último, cabe advertir que sí es posible novar una obligación ya prescrita; es decir, sustituir una obligación natural por una civil; el problema es que si la novación fuera por expromisión, el nuevo deudor

no podría reclamarle nada al deudor original por cuanto la novación no lo benefició. En cambio, lo que no puede hacerse, por contradecir toda lógica, es novar una obligación que no existe.

II. REQUISITOS PARA QUE OPERE LA NOVACIÓN:

LA VOLUNTAD DE NOVAR

Para que pueda configurarse la novación son necesarios tres requisitos esenciales: la preexistencia de una obligación válida, la creación de una nueva obligación y el *animus novandi* o voluntad de novar.

Atendiendo a que los dos primeros elementos no requieren mayor explicación, por derivar de las nociones sobre novación que hemos delineado en el apartado precedente, nos centraremos en el *animus novandi* o voluntad de novar.

Así, debemos enfatizar que para que la novación se configure en cualquiera de sus modalidades, es imprescindible que esté presente el *animus novandi*, que, en pocas palabras, consiste en la intención de las partes de novar, esto es, de extinguir la primera obligación y sustituirla por una segunda obligación.

Sin *animus novandi* no hay novación. Cabe advertir, sin embargo, que no es indispensable que el *animus novandi* se manifieste de manera explícita, pues habrá ocasiones en que baste con su manifestación tácita, lo que ocurre cuando la existencia de las dos obligaciones resulte incompatible, es decir, cuando sea imposible que ambas obligaciones existan a la vez, de modo que o existe una o existe la otra.

III. MODALIDADES DE LA NOVACIÓN

La novación puede ser objetiva, subjetiva o mixta. En todos los casos es imprescindible que haya *animus novandi*.

1. Novación objetiva

Se configura cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por una nueva relación obligatoria, en la que aparecen las mismas partes obligadas al cumplimiento de una prestación distinta o en virtud de un título diferente.

La novación objetiva por cambio de prestación surge cuando las partes convienen en modificar sustancialmente el objeto de la obligación primitiva o sustituirlo por otro. Para que esta novación se produzca es necesario un cambio esencial en la relación obligatoria. Por ello, solo las modificaciones sustanciales en la prestación debida producirán novación por cambio de objeto, mientras que las variaciones accidentales no producirán ese efecto. De este modo, 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.

Otro de los supuestos de novación objetiva es aquel en el que se modifica la fuente originaria de la obligación por otra.

Daremos un ejemplo para ilustrar este supuesto. Dos partes han celebrado un contrato de compraventa por el cual una le va a entregar en propiedad a la otra un automóvil determinado, a cambio de 40 000 soles. Posteriormente, acuerdan que el comprador ya no entregará dicha suma de dinero, sino que transferirá la propiedad de una camioneta determinada. En este caso, no hay duda de que se ha producido un cambio en la prestación a cargo de una de las partes, pero no solo ha variado la prestación por ejecutar, sino también el contrato mismo, pues ya no estamos ante una compraventa, sino de una permuta. En este caso, no solo se ha novado la obligación, sino el contrato, vale decir, la causa fuente misma.

2. Novación subjetiva

Se denomina subjetiva debido a que, en realidad, lo que se produce es un cambio respecto de los sujetos que conforman la relación obligacional. La primera obligación y la segunda tienen el mismo objeto (prestación), pero

no los mismos sujetos, sea porque hubo cambio de acreedor o porque hubo cambio de deudor. Si fuese por cambio de deudor, hay dos modalidades: por delegación y por expromisión.

Para que opere novación por cambio de acreedor se requiere el consentimiento de tres partes: del acreedor originario, del nuevo acreedor y del deudor (quien va a ser el mismo en la relación jurídica antes y después de producido el cambio del acreedor). Esta forma novatoria exige, por tanto, no solo el *animus novandi* del antiguo y del nuevo acreedor, sino también la voluntad de novar del deudor.

Tal cual puede apreciarse, la novación subjetiva por cambio de acreedor se asemeja a la cesión de créditos, en tanto el acreedor original es reemplazado por un tercero que asume la calidad de acreedor final. Sin embargo, entre ambas figuras existen varias diferencias.

La primera gran diferencia consiste en que, en la cesión de créditos, esa variación del acreedor original por un tercero cesionario no se produce en el marco de una nueva relación obligatoria, sino como parte de la única relación obligatoria que existe, porque la cesión de créditos no implica la existencia de una primera obligación y su sustitución por una segunda. Esta diferencia es tremendamente relevante porque, en la cesión de créditos, el acreedor cesionario asume todos los derechos y deberes del acreedor cedente. A ello hay que agregar que la cesión de créditos se puede realizar, incluso, sin recabar el asentimiento del deudor o contra su voluntad si este no tuviese razones fundadas en derecho para oponerse a dicha cesión.

Por regla general —como estudiamos en su momento—, la cesión de créditos es un acto bilateral y solo excepcionalmente, trilateral. En contraste, la novación por cambio de acreedor es siempre un acto trilateral, dado que su validez requiere el asentimiento del deudor de la primera obligación que va a ser deudor también en la nueva obligación; del acreedor que va a dejar de ser acreedor en la nueva obligación; y del tercero, que va a convertirse en acreedor en la nueva obligación. Estas diferencias han determinado que en la práctica sea más empleada la cesión de créditos. Aquella tiene la ventaja de no requerir la autorización del deudor; y,

en tanto no hay cambio de una obligación por otra, tiene la ventaja de no suponer la extinción de las garantías.

La segunda modalidad de novación subjetiva es la novación por cambio de deudor, la que, a su vez y como hemos dicho, tiene dos modalidades: la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación y la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión.

La novación por cambio de deudor en la modalidad de delegación está regulada en el artículo 1281 del Código, el cual nos dice que se requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor. El esquema de esta modalidad es similar a la novación por cambio de acreedor. Una segunda obligación sustituye a una primera. Esta segunda obligación tiene la misma prestación, pero un tercero sustituye al deudor.

En la novación subjetiva por delegación, lo habitual es que la iniciativa en el cambio la tome el propio deudor de la relación obligatoria original. Como es evidente, sería absurdo que el deudor pudiera adoptar esa decisión sin el asentimiento del acreedor. Y es que el derecho no podría amparar que un deudor pueda, a su voluntad, extinguir su obligación sustituyéndola por otra y forzar a su acreedor a que esa nueva obligación que reemplace la primera tenga como deudor a un tercero. En ese sentido, si el deudor quiere que un tercero lo reemplace y se cree una nueva obligación de la que él ya no forme parte, tendrá que pedir el asentimiento del acreedor, quien no puede ser forzado a tener como deudor a un sujeto con el que, en estricto, no ha contraído una obligación.

Así, la novación subjetiva por cambio de deudor es también una relación trilateral. Su validez supone el consentimiento de tres protagonistas: el deudor, el acreedor y el tercero que sustituye al deudor.

Por último, tenemos la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, la cual, por iniciativa y acuerdo del acreedor y del tercero que va a sustituir al deudor primitivo, puede efectuarse incluso contra la voluntad de este último.

Para entender esta figura debemos recordar que, salvo que la obligación sea *intuitu personae*, es posible que el pago sea realizado por un tercero, el cual puede o no tener un interés patrimonial en el cumplimiento de la obligación.

Pues bien, para la novación subjetiva por expromisión es aplicable también esa premisa y, además, ese esquema, aunque claro, con ciertos matices que le otorgan autonomía a la figura. De este modo, estaremos en presencia de una novación subjetiva por expromisión en los casos en que un tercero y el acreedor convengan la novación de la obligación sin solicitar la autorización del deudor.

Cabe preguntarse si, de configurarse esa novación, el tercero tendría algún derecho que oponer respecto del deudor originario o, lo que es lo mismo: ¿podría reclamar algo al deudor originario pese a no haber realizado, en realidad, pago alguno? Pues a pesar de que el tercero todavía no haya realizado el pago de esa nueva obligación que sustituyó a la original e, incluso, podría ocurrir que nunca lo haga, tiene derecho a exigirle al deudor todo lo que le haya resultado útil de la novación.

Nos explicamos. En la novación por expromisión, la primera obligación no se extingue porque el acreedor haya visto su acreencia satisfecha, sino porque él y un tercero han convenido en extinguirla y sustituirla por otra en la que el deudor original ya no es más uno de los sujetos de la relación obligatoria. El derecho asume que el hecho de que ese deudor original ya no le deba nada a su acreedor es motivo suficiente para que el tercero tenga derecho a exigirle a tal deudor aquello que le haya sido útil a causa de la extinción de la obligación. Entonces, respecto al deudor, no importa si el tercero no ha pagado la obligación. Con o sin pago, el deudor ha sido liberado de la obligación que tenía con su acreedor. Lo señalado determina que el nuevo deudor podría reclamarle al deudor original, pese a no haber pagado aún la deuda al acreedor. Por supuesto, esto tiene un límite. No le puede cobrar más de lo que ha supuesto un beneficio para ese deudor original. Si el deudor original ya había pagado parte de la deuda, esa parte, lógicamente, no podría serle exigida nuevamente.

¿Qué pasa si esa obligación que se novó por acuerdo entre el tercero y el acreedor estaba a punto de prescribir? ¿El deudor podría alegar que la novación no le ha resultado útil porque tan solo faltaban tres días para que su obligación ya no fuera exigible? Aunque en la práctica el deudor no estaría para nada contento con la novación, para el derecho la novación sí lo benefició y no tendría mayores elementos jurídicos para negarse a pagar si el tercero le reclama el cumplimiento de la obligación. Si la obligación aún no había prescrito cuando se novó, el tercero tiene derecho a exigirle al deudor que le devuelva lo que le haya resultado, al menos en teoría, útil.

3. Novación mixta

Es aquella novación que es a la vez objetiva y subjetiva, por haber un cambio en el objeto y alguno de los sujetos.

Pongamos un ejemplo. La primera obligación tiene como prestación la entrega de mil soles. El acreedor y un tercero acuerdan novar esa obligación. De este modo, ambos sujetos convienen en sustituirla por otra en la que el tercero será el deudor y, además, en la que la prestación será distinta. La segunda obligación tendrá por objeto la entrega ya no de mil soles sino de mil dólares.

TÍTULO IV. COMPENSACIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En la medida en que se cumplan los requerimientos exigidos por la ley, cuando un deudor tiene un crédito contra su acreedor es posible que obtenga su liberación oponiendo a este la extinción de ambos créditos por compensación. Pese a que no se trata en realidad de un pago, la compensación actúa como si lo fuera, con lo cual se ahorran costos de transacción.

La compensación es un medio extintivo de obligaciones que opera cuando una persona es simultánea y recíprocamente deudora y acreedora

de otra, respecto de créditos líquidos, exigibles y de prestaciones fungibles entre sí, que el Código califica, adicionalmente, como homogéneas, cuyo valor puede ser idéntico o no.

Para poder compensar, además, resulta necesario que las prestaciones todavía sean posibles de ser ejecutadas, ya que de no serlo, las obligaciones se extinguirían por imposibilidad de cumplimiento.

La compensación no es nunca automática, solo puede ser unilateral o convencional. Cuando es unilateral, la compensación opera a instancia de parte; esto es, sin que se requiera el asentimiento de la contraparte —vale decir, apoyándose en lo dispuesto por la ley—. Tratándose de la compensación bilateral o convencional, se requiere el acuerdo entre acreedor y deudor, que se configura como un medio bilateral de extinción de obligaciones.

En otras palabras, si se reúnen los requisitos de ley, la compensación, fundamentalmente, opera de manera unilateral. En ausencia de alguno de esos requisitos, la compensación opera de forma bilateral. En ningún caso opera de manera automática.

Cuando uno compensa y compensa cantidades idénticas, después de compensar, las dos deudas se extinguen. Sin embargo, esto es inusual porque sería mucha coincidencia que una persona le deba a otra y la otra le deba a la primera exactamente la misma cantidad de dinero.

Cabe precisar que cuando opera la compensación sobre deudas que tienen montos distintos, la compensación opera extinguiendo la de monto menor y queda subsistente la deuda de monto mayor por el saldo.

Por último, debemos precisar que la compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.

II. COMPENSACIÓN UNILATERAL

La compensación unilateral es la que se configura con mayor frecuencia, pues de concurrir los requisitos exigidos por la ley, quien compensa no tiene que contar con el asentimiento de su contraparte para hacerlo. Tales requisitos legales son los siguientes:

1. Que las obligaciones sean recíprocas

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

Cabe anotar que para efectos de la compensación, lo que interesa es que una persona le deba a otra y, a su vez, esta le deba a ella, mas no importa si esa reciprocidad proviene de un mismo contrato o de dos o más contratos.

2. Que las obligaciones sean líquidas

Las obligaciones líquidas son aquellas cuyo monto es conocido fácilmente. Es decir, se tiene y conoce el monto exacto de la obligación. Una obligación es líquida porque el monto está liquidado, se conoce cuánto se debe.

Por ejemplo, si Y le debe a X 10 soles y X le debe a Y 10 soles, estamos en presencia de obligaciones líquidas, pues las prestaciones que debe cada uno de los sujetos consisten en devolver 10 soles (monto exacto).

Distinto sería si lo que se debiera fueran 38 000 soles más intereses compensatorios en la TAMN desde el 1 de enero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2008, fecha en la cual se hubiera acordado aplicar una tasa de interés que sea 3.5 menos de la TAMN y, además, se hubiera pactado que a partir de la fecha en que el deudor incurra en mora, se aplicará la TIPMN. En un supuesto como este, la obligación no es líquida pues, aunque sí se puede llegar a determinar a cuánto asciende la deuda, para ello sería necesario realizar operaciones matemáticas complejas que involucran una serie de datos que es necesario verificar.

Cabe advertir que no nos estamos refiriendo a cualquier cálculo matemático. La deuda podría consistir en seis meses de renta, de modo que si cada mensualidad es de 500 dólares, resulta fácil determinar que la deuda es de 3000 dólares. Así, pese a que en este caso también se requiere realizar una operación matemática, esta es bastante simple, por lo que la obligación se considera líquida.

3. Que las obligaciones sean exigibles

Dicha exigibilidad versa, a nuestro modo de ver, en la facultad que asiste al acreedor de requerir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento forzoso de la obligación.

4. Que las obligaciones a compensar tengan prestaciones fungibles y homogéneas

En la práctica, decir que dos obligaciones son fungibles y homogéneas es algo reiterativo pues, en definitiva, son fungibles por ser intercambiables; y, si son intercambiables, es porque tienen prestaciones iguales, es decir, homogéneas.

La fungibilidad no se exige en relación con las cosas consideradas en sí mismas, sino respecto al objeto de la otra obligación. De esta forma, la obligación de entregar gasolina no se compensa con el crédito por una suma de dinero, pese a ser ambos objetos fungibles, puesto que no hay fungibilidad recíproca. El deudor de gasolina no puede imponer a su acreedor que reciba dinero como pago, así como tampoco quien debe dinero puede pretender liberarse entregando cualquier otro bien fungible. Por ello es que la fungibilidad no debe ser independiente, sino recíproca.

No son las prestaciones las que tienen que ser fungibles y homogéneas entre sí, sino sus objetos, independientemente de su volumen o cantidad.

I. COMPENSACIÓN BILATERAL

La compensación bilateral se deriva del acuerdo de ambas partes.

Para que opere la compensación bilateral es evidente que no se deben presentar todos los requisitos de la compensación unilateral, porque si se presentaran estos en su integridad, no habría necesidad de un acuerdo entre las partes; bastaría con que una de ellas exprese su decisión de compensar las obligaciones para que ella se configure. No obstante, hay un requisito que, en principio, no podría faltar, esto es, la reciprocidad. Ello, ya que sería difícil

compensar obligaciones cuando los sujetos de las relaciones obligatorias no son los mismos. Esto, naturalmente, admite pacto en contrario.

También se podrían compensar obligaciones que no sean líquidas u obligaciones que no sean homogéneas o fungibles, u obligaciones que no sean exigibles.

TÍTULO V. CONDONACIÓN

La condonación constituye otra de las formas de extinción de las obligaciones previstas por el Código, la cual se sustenta en la liberalidad del acreedor y el asentimiento del deudor que acepta ser condonado.

Condonar es perdonar una deuda o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor. Así, cuando el acreedor perdona una deuda, y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de este último.

Así, la condonación es un acto bilateral que requiere no solo la manifestación de voluntad del acreedor, sino la aceptación del deudor, hasta cuyo momento no opera el efecto extintivo de la obligación. La importancia del asentimiento del deudor radica en que este tiene derecho a cumplir su obligación.

A fin de que la condonación surta su principal efecto (extinguir la obligación), se requiere su probanza. Por esta razón, tal probanza debe ser clara y objetiva (vía contrato escrito, o algún signo visible, como la devolución del documento original en que consta la deuda) y puede ser material o inmaterial, pero inequívoca.

Sabemos que la condonación de la deuda por el acreedor en favor del deudor y aceptada por este, extingue la obligación (argumento del artículo 1295 del Código). Esto implica la extinción de la deuda con todas sus garantías, ya que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Empero, el artículo 1296 contempla el supuesto de que el acreedor celebre un convenio de condonación no con el deudor, sino con uno de sus garantes.

De ser este el caso, las consecuencias serán que la obligación del deudor se mantendrá plenamente vigente, así como las de los demás garantes, pero la obligación del garante sujeto de la condonación se habría extinguido. No obstante, 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.

Debemos indicar que se presume que ha operado la condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquella. A efectos de que el supuesto se configure y se le puedan aplicar las consecuencias jurídicas propias de la condonación; a saber, la extinción de la obligación, es indispensable que se cumplan tres condiciones. Primero, que la entrega del documento original haya sido hecha voluntariamente. Segundo, que la entrega haya sido hecha por el propio acreedor, pues solo de esta forma podría haber motivo para establecer la presunción de que trata la ley. Y, tercero, que la entrega haya sido realizada al mismo deudor. Si el documento fue entregado a otra persona, no sería claro ni indubitable que la intención del acreedor fue la de liberar gratuitamente al deudor; el documento podría haber sido entregado en calidad de depósito o para que el tercero se encargara de cobrarlo. La referida presunción tiene carácter *iuris tantum* para el deudor, quien, de ser el caso, podría probar que no ha habido condonación. Cabe destacar que no basta con que el deudor alegue que ha pagado, sino que debe demostrarlo con las pruebas que correspondan, destinadas a acreditar que la entrega del documento ha sido consecuencia del pago realizado por él.

TÍTULO VI. CONSOLIDACIÓN

La consolidación o confusión es otro de los medios de extinción de las obligaciones. Se configura cuando, luego de contraída una obligación, se produce una situación que determina que en una misma persona concurren las calidades contradictorias de acreedor y de deudor de esa obligación.

Es necesario recalcar que tan importante como reunir en una sola persona las calidades de acreedor y deudor, lo es también establecer que ambas calidades deben estar referidas a una misma obligación. De lo contrario, estaríamos hablando de una elemental compensación.

Mediante un ejemplo, expliquemos cómo opera esto. Pensemos que una persona le debe a otra 10 000 dólares, pero da la casualidad de que ese deudor es hijo de ese acreedor. Vamos a suponer que el padre muere y ese hijo era el único heredero. Al morir el padre, entonces, ese hijo es declarado heredero universal. El hijo al heredar las acreencias de su padre se convertiría en el acreedor de aquella obligación de la que es deudor; es decir, se debería a sí mismo 10 000 dólares.

En este caso, entonces, las circunstancias originan que una persona sea a la vez titular de un derecho de crédito y sujeto pasivo de ese mismo derecho, lo que origina que la obligación se extinga.

Debemos resaltar que la consolidación es el único medio extintivo de obligaciones que puede producirse, incluso, de manera involuntaria, tal y como ocurre en nuestro ejemplo, en el que la consolidación opera como consecuencia de la muerte de una de las partes.

Pero, la muerte de una persona natural no es el único caso en que el «fin» de un sujeto de derechos produce consolidación. La consolidación también puede producirse tras la «extinción» de una persona jurídica.

De otro lado, es importante precisar que la consolidación puede ser total o parcial. La consolidación total que hemos ilustrado en nuestro ejemplo se configura cuando, después de producida la consolidación, no subsiste ningún saldo de la obligación. La consolidación parcial, por el contrario, supone que sí subsiste un saldo de la obligación. Ello ocurriría si el deudor de nuestro ejemplo no fuese el único heredero de su padre.

Otro tema importante dentro de lo que es la consolidación, es el relativo a su cese. El cese de la consolidación implica que aquella se extingue. La extinción de la consolidación conlleva que se restablezca la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona.

En tal caso, la obligación que había extinguido la consolidación renace con todos sus accesorios, sin perjuicio del derecho de terceros.

Graficando esta situación, supongamos que la muerte del padre de nuestro ejemplo haya sido presunta. La declaración de la muerte unida a la declaración de su hijo como heredero universal, determina la consolidación. Sin embargo, podría ocurrir que, después de un tiempo esta persona aparezca con vida, supuesto en el cual cesaría la consolidación y el hijo volvería a ser deudor del padre.

Cabe precisar que si la obligación tuviera garantes, el cese de la consolidación no los afectaría. Y es que el derecho no puede desproteger a los terceros y, más importante aún, debe velar por preservar la seguridad jurídica.

TÍTULO VII. TRANSACCIÓN

La transacción es un medio extintivo de las obligaciones muy especial, pues se trata de un acto jurídico, un contrato, cuyo objetivo fundamental es lograr que un problema se solucione. Tal problema puede tener como origen un conflicto nacido de una relación contractual o de una relación obligacional; aunque puede que su fuente sea otra.

Conforme se encuentra regulada en el Código, la transacción no es la solución de cualquier problema, es la solución de un asunto que debe tener carácter dudoso o litigioso.

Un asunto es dudoso cuando resulta susceptible de más de una interpretación.

Un asunto es litigioso cuando genera un conflicto de intereses y ese conflicto, a su vez, da lugar a un proceso judicial o a uno arbitral. Empero, no basta con que se inicie un proceso, es decir, con que el demandante presente la demanda; es necesario que el demandado la conteste contradiciendo alguna, algunas o todas las pretensiones que forman el petitorio. Si el demandado se allanara, no estaríamos frente a un asunto litigioso, pues ese allanamiento implicaría la solución del conflicto; y,

en consecuencia, no habría un problema que resolver a través de una transacción.

Un asunto dudoso solo se convierte en litigioso cuando, en efecto, surge el litigio, es decir, cuando el demandado contesta la demanda contradiciendo alguna, algunas o todas las pretensiones. En cambio, un asunto litigioso es siempre dudoso y lo es porque, más allá de que para cada una de las partes pueda resultar claro, ellas no resuelven; quien lo hace es un tercero, sea un juez o un árbitro.

De otro lado, para que haya una transacción, es necesaria la presencia de concesiones recíprocas. Si el problema se solucionara porque uno de los dos aceptara la posición del otro, no habría habido transacción, pues no habría habido concesiones recíprocas. Para que haya transacción se entiende que ambas partes deben haber cedido algo. La transacción perfecta sería aquella cuya solución se ubica en el punto medio de ambas pretensiones. Esa transacción perfecta, sin embargo, se presenta únicamente en el plano teórico, pues en la vida real, lo habitual es que las partes intervinientes en un acuerdo, no tengan similar capacidad para negociar; y, en consecuencia, el resultado final sea más ventajoso para una de ellas.

En estricto y definitiva, lo relevante es que se ceda en algo con respecto al otro, sin importar que aquello que se cede sea de la misma magnitud de aquello en lo que cedió la parte contraria.

Resulta conveniente destacar que las concesiones no tienen por qué limitarse necesariamente a prestaciones vinculadas de forma directa al tema dudoso o litigioso. Y es que la transacción no implica únicamente la extinción de obligaciones; es mucho más que eso, pues puede dar lugar al nacimiento de otras muy variadas obligaciones e, incluso, a la celebración de una serie de contratos.

Otra de las características de la transacción es que se trata de un acto jurídico cuya forma es *ad solemnitatem*. De esta manera, la transacción tiene que celebrarse, indispensablemente, por escrito bajo sanción de nulidad.

Ahora, señala también la ley que la transacción tiene carácter de cosa juzgada. Al explicar esta característica debemos, primero, distinguir entre la transacción judicial y la transacción extrajudicial.

El carácter de cosa juzgada de la transacción judicial resulta incuestionable, puesto que ella es irrevisable y da por concluido el proceso. La transacción judicial tiene el valor de una sentencia y cuenta, por ello, con sus mismas limitaciones otorgando, como contrapartida, sus mismos beneficios.

El caso de la transacción extrajudicial es distinto, pues allí esa calidad no es tan absoluta. La transacción extrajudicial, como su nombre lo indica, es la que se celebra cuando las partes no están litigando, es decir, es la que se celebra fuera de un proceso judicial o arbitral.

El carácter de cosa juzgada de la transacción extrajudicial se encuentra fundado en su carácter irrevisable, esto es, se funda en el hecho de que lo acordado por las partes no puede ser revisado. Sin perjuicio de aquello, sí es susceptible de ser atacado si adolece de algún vicio. Así, como cualquier acto jurídico, contra la transacción extrajudicial se puede interponer una acción de nulidad. Igualmente, al ser también un contrato, es posible que una de las partes solicite, de existir una causal que lo justifique, su rescisión o su resolución.

De otro lado, conforme a lo previsto en el artículo 1303 del Código, la transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción.

¿Una transacción que no contenga la renuncia establecida por el artículo 1303 es nula o es válida? En esencia, aquí podrían admitirse dos interpretaciones. Podría interpretarse, por un lado, que una transacción como esa sí sería nula, pues en el acuerdo no consta la renuncia expresa de las partes que establece el artículo 1303. Por otro lado, en cambio, podría interpretarse que, a pesar de la omisión, la transacción es válida, ya que la norma del artículo 1303 no prescribe sanción de nulidad alguna.

Nosotros nos inclinamos por la segunda interpretación, pues, además de lo anotado, consideramos que en la noción misma de transacción

se encuentra implícita esa renuncia que recoge el artículo 1303. Si dos personas llegan a un acuerdo transaccional; y, en consecuencia, dicho acuerdo significa la solución a un problema entre ambas, resulta evidente que en ese acuerdo va implícita la renuncia a futuros reclamos respecto del problema ya solucionado; sin perjuicio, claro está, de que puedan hacerse reclamos ante el incumplimiento de lo convenido.

Así, incluso aunque las partes no renunciaran expresamente a ejercer cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción, tal reclamo no sería posible, porque ejercer tal acción constituiría un acto contradictorio con respecto al acto transaccional que ya se ha celebrado. A ello hay que agregar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1302, la transacción tiene carácter de cosa juzgada.

No obstante lo dicho, somos conscientes de que lo más recomendable es incluir siempre el texto del artículo 1303 en la transacción, y así evitar posibles problemas.

Consideramos relevante subrayar que únicamente se puede transigir sobre derechos disponibles de orden patrimonial.

Ahora bien, la transacción con frecuencia es vista como un acto fundamentalmente racional; y, además, es apreciada como un acto que significa la conclusión de una larga negociación larga. No obstante, lo cierto es que la transacción en no pocas ocasiones concluye gracias a la suerte. No es extraño que las partes no pacten la fórmula final y que opten, más bien, por dejar el resultado en manos del azar. En el supuesto planteado, las concesiones recíprocas consistieron, justamente, en la decisión de las partes de permitir que sea el azar el que determine los términos finales del acuerdo transaccional.

Por último, consideramos pertinente referirnos al carácter indivisible de la transacción. Constituye regla general en el derecho peruano, respecto al tema de la divisibilidad o indivisibilidad de las nulidades en un acto jurídico, lo prescrito por el artículo 224 del Código, según el cual la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.

El artículo 1310 del Código, relativo a la transacción, constituye la excepción a la regla del artículo 224. Según lo previsto en el artículo 1310, la transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, toda la transacción queda sin efecto, salvo pacto en contrario.

Para el legislador de 1984, resulta relevante que la transacción revista validez total. Compartimos esa posición, ya que la transacción es un acto en el cual las partes se hacen concesiones recíprocas. Siendo así, de aplicarse el principio general del artículo 224 del Código, podría presentarse la situación de que una cláusula resulte nula o se anule, y que justamente a través de esa cláusula una de las partes hiciera concesiones a la otra. Si se aceptara la validez del resto del acto, no estaríamos resolviendo un problema, sino creando otro, ya que de la transacción no se deduciría la terminación de una controversia, sino su continuación o la perpetuación de una situación injusta, bajo el manto de la «cosa juzgada». Como ello resultaría perjudicial para una de las partes, o para ambas, inclusive, la ley prefiere optar por la solución contemplada en el artículo 1310, que establece la denominada *indivisibilidad de la transacción*.

Sin embargo, por tratarse de un asunto de interés privado y no de orden público, la ley admite pacto en contrario. Este pacto puede ser previsto en el mismo acto de la transacción, o posteriormente.

TÍTULO VIII. MUTUO DISENSO

El mutuo disenso es un medio extintivo obligacional que proviene de un consentimiento prestado de manera opuesta o contraria al primigenio. Por medio del consentimiento se deja sin efecto lo que hizo el propio consentimiento.

El mutuo disenso, entonces, es un contrato cuyo contenido es justamente lo inverso a la constitución del vínculo obligatorio, pues las partes, que como requisito deben tener la libre disposición de sus bienes, convienen en dejar sin efecto un contrato previo.

Este medio extintivo tiene su lugar natural, pero no exclusivo, en los contratos bilaterales, ya que en los contratos unilaterales (o de prestación unilateral) bastaría con dejar sin efecto la prestación del único deudor, por acuerdo al que llega con su acreedor, lo cual sería equivalente a una remisión o condonación de deuda.

El artículo 1313 del Código establece en su parte final que el mutuo disenso se tiene por no efectuado cuando perjudique el derecho de un tercero. Esta especificación, destinada a proteger al tercero que adquirió derechos de una de las partes con anterioridad al mutuo disenso, consagra una vez más la doctrina de los derechos adquiridos, los que no pueden verse afectados por decisiones privadas.

Por último, debemos resaltar que el mutuo no opera, en principio, retroactivamente. La razón, como hemos explicado, es el eventual perjuicio a terceros. Por ello, si el contrato o la relación jurídica fue resuelta en virtud del mutuo disenso, los derechos constituidos sobre el bien materia de dicho contrato, en el lapso que transcurre entre su celebración y el mutuo disenso subsisten, debido a que la voluntad privada de las partes no es soberana si atenta contra los derechos de terceros.

TÍTULO IX. INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

I. CAPÍTULO PRIMERO: DISPOSICIONES GENERALES

En las disposiciones generales de inejecución de obligaciones se regula lo que se conoce como la *responsabilidad civil contractual*; es decir, la que surge como consecuencia de una obligación previamente acordada entre el deudor y causante del daño, y el acreedor o perjudicado.

Así, el régimen de la inejecución de las obligaciones determina cuáles son las consecuencias que genera el incumplimiento de una obligación por parte del deudor. Tales consecuencias varían en función de las causas que hayan originado ese incumplimiento.

En esencia, son dos las perspectivas que debemos considerar para determinar si al deudor le es atribuible responsabilidad por su incumplimiento. Primero, si el incumplimiento se debe a una causa imputable o a una causa no imputable. Segundo, debe evaluarse si ese incumplimiento imputable generó daños.

1.1. Incumplimiento por causa imputable

Imputar significa, de manera genérica, atribuir determinado accionar al sujeto del cual proviene; esa atribución conlleva que aquel sujeto deba asumir las consecuencias de su incumplimiento.

Cuando el incumplimiento absoluto se debe a causas no imputables, se extingue la obligación por imposibilidad de pago. Cuando el incumplimiento es impropio y la causa es no imputable, el deudor no se libera necesariamente del pago, pero no asume las consecuencias propias del incumplimiento imputable.

Nuestro Código establece como causas no imputables; y, por ende, exoneratorias de la responsabilidad que podría generar el incumplimiento, al caso fortuito o fuerza mayor y a la diligencia ordinaria. Por otro lado, señala como causas imputables al dolo, a la culpa inexcusable y a la culpa leve.

1.1.1. Causas no imputables

Las causas no imputables están reguladas en los artículos 1314 y 1315 del Código. En estas normas, se parte de diferenciar una causa no imputable genérica equivalente a la noción de ausencia de culpa, de causas no imputables específicas, que serían los conceptos de caso fortuito o fuerza mayor.

El efecto liberatorio de la causa no imputable se encuentra reconocido en el artículo 1317 del Código. Conforme a lo establecido en esta norma, 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.

Las consecuencias del incumplimiento, propio o impropio, por causa no imputable, se encuentran reguladas en el numeral 1316. Este prescribe que la imposibilidad de ejecutar la obligación por causa no imputable genera su extinción, aunque para ello es necesario distinguir entre la imposibilidad total o definitiva, la parcial y la temporal. A diferencia de la imposibilidad total o definitiva, que supone la extinción de la obligación, la parcial solo implica su extinción fraccionada, de manera que en este último supuesto el deudor seguiría obligado a prestar la parte que resultara posible.

En el precepto, además, se establece que la obligación también se extingue si, siendo susceptible de ejecutarse solo parcialmente, ella no fuese útil para el acreedor o si este no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. De lo contrario, el deudor queda obligado a ejecutar la prestación, con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

Es importante notar que el derecho positivo no ha otorgado mayor importancia a la distinción teórica entre caso fortuito y fuerza mayor, con lo cual puede constatarse que tal diferenciación carecería de efectos prácticos. En ambos casos las consecuencias serán siempre las mismas; a saber, exonerar de responsabilidad al deudor que incumple su obligación.

Desde el punto de vista subjetivo, se trata de un hecho en el que hay ausencia de voluntad directa o indirecta y en el que se justifica la exoneración de responsabilidad. Como el incumplimiento de su obligación no estuvo determinado por su voluntad o por su conducta; y, por consiguiente, no tiene por qué indemnizar a su acreedor.

Ya desde la perspectiva objetiva, el caso fortuito o fuerza mayor es un acontecimiento que, para configurarse, tiene que reunir tres características: debe ser extraordinario, imprevisible e irresistible. Si no reúne las tres, no es un caso fortuito o de fuerza mayor.

El caso fortuito o fuerza mayor es, por definición, un acontecimiento extraordinario, dado que reviste la característica de «anormal», es decir,

las circunstancias en que se presenta son extraordinarias y no ordinarias ni «normales».

Es, además, un hecho o evento imprevisible porque no se puede prever, ya que supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. Para ello debemos determinar qué constituye este factor o índice de previsión del que se parte para ingresar en el terreno de la imputabilidad. Ello, dado que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión.

Cabe indicar que debido a los avances tecnológicos, cada vez son menos los hechos de la naturaleza que no se pueden prever.

Por último, el caso fortuito o fuerza mayor es irresistible, lo que implica que el deudor no puede impedir su acaecimiento pese a sus esfuerzos.

Hay casos en los que la irresistibilidad es común para todos, siendo indiferentes las distintas cualidades intrínsecas a cada individuo. Es el caso del impedimento de fuerza mayor derivado de una ley de carácter general. Claro que en este supuesto (como en todos) debe concurrir el factor imprevisibilidad, ya que si el agente conocía o tenía los elementos necesarios para conocer la probabilidad de la dación de esta norma imperativa (difusión en los periódicos, noticieros, etcétera), entonces será responsable ante su acreedor.

En muchos casos, sin embargo, el carácter irresistible del evento va a depender de las condiciones personales del deudor, situación que se debe evaluar a la luz de un criterio que no adolezca de estrechez.

El tema de lo irresistible no se circunscribe a la producción del evento, sino que se refiere también a sus consecuencias. Un sismo es inevitable y, en muchas ocasiones, sus consecuencias son irresistibles dada su magnitud; sin embargo, ello no significa que los daños que puedan producirse como efecto de aquel, puedan calificarse siempre como daños que tienen como causa un caso fortuito. Habrá que analizar si los daños tienen como causa directa el sismo o si ella es solo una condición y la verdadera causa fue,

por ejemplo, la mala construcción del inmueble que se destruyó durante el movimiento sísmico.

Cabe advertir que no resulta inusual que en los contratos se establezca expresamente cuáles son los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor. Así, es posible restringir el ámbito de la fuerza mayor; como también es posible ampliarlo.

Pero el deudor no solo puede liberarse por la configuración de un evento de caso fortuito o fuerza mayor. El deudor también puede liberarse si demuestra que el incumplimiento se configuró pese a que él actuó con la diligencia ordinaria exigida por las circunstancias. Así lo establece el 1314 del Código, al señalar que «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

De este modo, el derecho no deja huérfano al deudor que actuó con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias e hizo todo lo que estuvo a su alcance para cumplir, pero aun así no pudo hacerlo. En esos casos el deudor también queda liberado, es decir, no tendrá que indemnizar los daños y perjuicios a los que dio lugar la inejecución de la obligación.

En tanto la diligencia ordinaria se encuentra determinada por las circunstancias, se fija en la persona del deudor. No podemos pedirle lo mismo, en cuanto a tratar de minimizar los efectos del Fenómeno de El Niño, a un deudor que sea un simple agricultor y a uno que sea una gran empresa agroindustrial con muchos recursos para establecer, entre otros remedios, canales de desfogue de las lluvias. La diligencia ordinaria implica tomar en consideración quién es el deudor y cuáles son sus posibilidades efectivas de acuerdo a los recursos que tiene a su alcance.

1.1.2. Causas imputables

El Código entiende que será imputable al deudor todo incumplimiento que tenga como causa una conducta dolosa del deudor, o una conducta teñida por su culpa inexcusable o por su culpa leve.

El dolo aparece cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable por haber querido infringir el deber de cumplir con la prestación a que estaba sujeto, sin que importe si existió o no la voluntad de causar un daño al acreedor. El dolo, entonces, es la intención y voluntad de no cumplir con la prestación que se debe. Cuando se incumple una obligación deliberada o voluntariamente, las consecuencias son que el deudor va a tener que responder por todos los daños y perjuicios causados al acreedor que constituyan consecuencia inmediata y directa de este incumplimiento.

La culpa también es un tipo de imputabilidad que implica un incumplimiento reprochable, aunque en menor grado que el dolo, por haberse omitido las diligencias exigidas por la ley. El Código, al establecer que la culpa es factor de atribución de responsabilidad, prescribe consecuencias jurídicas distintas de acuerdo al grado de aquella. En tal sentido, distingue a la culpa inexcusable de la culpa leve.

La culpa inexcusable o negligencia grave es el grado más alto de la culpa y consiste en la omisión de todos los deberes de diligencia. Se trata de un grado de culpa tan grave, «que no tiene perdón para el derecho», al punto de asignarle las mismas consecuencias que al incumplimiento doloso de la obligación. El deudor de una obligación que incumple por culpa inexcusable, tiene, entonces, que indemnizar al acreedor por todos los daños y perjuicios causados que sean consecuencia inmediata y directa de dicho incumplimiento.

La culpa leve es definida como la omisión de aquella diligencia exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Entonces, se trata de hechos que, aunque suponen una falta de diligencia, le pueden ocurrir a cualquiera, lo que justifica que las consecuencias que se le asignan no sean tan severas como las del dolo y de la culpa inexcusable. Quien incumple por culpa leve solo tiene que indemnizar los daños y perjuicios que hubiesen sido previsibles al momento de contraer la obligación.

Es importante señalar que el concepto de causa imputable no debe entenderse como un principio rígido, ya que el juez debe apreciar y decidir,

según cada caso en concreto. Solo tomando en cuenta las circunstancias del caso, se puede determinar si el deudor incumplió por dolo, por culpa inexcusable o por culpa leve. Determinar ello es esencial no solo para establecer si el incumplimiento es imputable, sino también para establecer cuáles serán las consecuencias que asumirá el deudor por ese incumplimiento. Recordemos que si el incumplimiento es por dolo o culpa inexcusable, el deudor debe indemnizar todos los daños y perjuicios que aquel provoque y que sea consecuencia inmediata y directa de tal incumplimiento; si es por culpa leve, solamente los daños y perjuicios que se produjeron y que fueron previsibles al momento de celebrar el contrato o dar nacimiento a la obligación.

Nuestro Código presume que todo incumplimiento obedeció a culpa leve del deudor. Esta presunción, sin embargo, es *iuris tantum*, es decir, permite prueba en contrario. El deudor tiene la posibilidad —de contar con los elementos probatorios a su alcance— de demostrar que su incumplimiento no obedeció a un actuar con culpa leve, sino que el incumplimiento se configuró, a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria, por una causa que no le es imputable (caso fortuito o fuerza mayor, por ejemplo). Por su parte, el acreedor tiene la posibilidad de demostrar que el deudor no incumplió con culpa leve, sino que su actuar estuvo teñido de dolo o de culpa inexcusable. Si consigue probarlo, lograría extender el ámbito de los daños resarcibles, que ya no se restringirían a los daños que pudieron preverse al tiempo en que la obligación fue contraída.

1.2. Daños como presupuesto de la responsabilidad del deudor

El derecho del acreedor a exigir una indemnización y la obligación del deudor de pagarla únicamente surge cuando el incumplimiento imputable de este último le genera daños al primero. Esos daños indemnizables pueden ser de naturaleza patrimonial o de naturaleza no patrimonial.

El daño patrimonial consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada y puede manifestarse en dos formas típicas: el daño emergente y el lucro cesante.

El daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. El lucro cesante es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial. La distinción entre daño emergente y lucro cesante, entonces, está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperable en el segundo. En otras palabras, el daño emergente es equivalente a lo que el acreedor perdió y el lucro cesante, a lo que se dejó de ganar.

Los daños que el incumplimiento ocasione podrían ser no patrimoniales. Ese tipo de daño es denominado por nuestro sistema como daño moral. Al respecto, cabe anotar que el daño moral es el daño no patrimonial, pues está inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Así, el daño moral muchas veces tiende a satisfacer una indemnización cuando se afectan valores de orden extrapatrimonial, entre los que se puede citar a los afectos, los sentimientos, las aflicciones, las penurias, el honor y la buena reputación de una persona.

En la práctica, uno de los aspectos más importantes en relación con el daño moral, es su probanza. Y es que si la prueba de los daños patrimoniales a veces puede resultar más que complicada, las dificultades se acrecientan cuando el daño es extrapatrimonial. Asimismo, debemos resaltar que aunque la dificultad probatoria es inherente al daño moral, esta no determina que no se pueda probar, que no se pueda cuantificar; y, mucho menos, que no se deba indemnizar.

1.3. La prueba de los daños y perjuicios

En materia de derecho procesal rige el principio según el cual *quien alega un hecho, debe probarlo*. Siendo así, para que el acreedor tenga derecho a una indemnización, no basta el incumplimiento del deudor, sino que es necesario que ese incumplimiento le haya ocasionado daños y perjuicios que no solo tiene que alegar, sino probar.

Partiendo de la premisa de que no siempre es fácil demostrar la existencia de los daños y perjuicios y, peor aún, su cuantía, el legislador de 1984 tuvo la brillante idea de incorporar una de las mejores normas con las que cuenta nuestro Código y que se halla plasmada en el artículo 1332. Esta norma está pensada para resolver situaciones en las que la existencia del daño haya sido probada; y, en consecuencia, el juez esté convencido de que el acreedor tiene derecho a ser indemnizado, pero no quede claro a cuánto ascienden esos daños y, por lo mismo, cuál debería ser el monto de la indemnización. En ese orden de ideas, probado el daño pero no su cuantía, el juez hace una valoración equitativa y asigna, naturalmente dentro del petitorio, el *quantum* indemnizatorio.

Ahora, uno se podrá preguntar: ¿y cuáles son los parámetros que guían la valoración equitativa establecida en el artículo 1332? ¿Bajo qué criterios el juez puede medir y valorar esos daños y perjuicios? Aquí, no podríamos aplicar criterios objetivos, por una razón muy sencilla. Si el juez está admitiendo que considera que hubo daño, pero también está admitiendo, al hacer aplicable el 1332, que no se probó su cuantía, está asumiendo que, en definitiva, no hay criterios objetivos a través de los cuales pueda determinar la cuantía de la indemnización. Si existieran criterios objetivos, el juez tendría que asignar un monto preciso sobre la base de los medios probatorios aportados por las partes en el proceso. De esto se sigue que la única manera de establecer el monto indemnizatorio es mediante una apreciación subjetiva que; sin embargo, no debe confundirse con la arbitrariedad. Es labor de los tribunales de justicia hacer que las indemnizaciones sean justas y que respondan al verdadero resarcimiento del daño causado y a estrictos criterios de equidad.

1.4. Otras consideraciones importantes

Corresponde revisar algunas otras normas del Código que, como la contenida en el artículo 1332, también tienen gran relevancia en materia de inexecución de obligaciones.

Empecemos por la contenida en el artículo 1323 del Código, que establece que «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».

Revisemos los alcances de esta norma mediante un ejemplo. Imaginemos que D y A celebran un contrato de compraventa a plazos, en el cual estipulan que el primero debe realizar el pago en cuarenta cuotas. Siguiendo lo establecido en el artículo 1323, si D deja de pagar tres cuotas, sean estas sucesivas o no, A tendría el derecho de cobrar no solo los pagos incumplidos, sino también el pago de las cuotas que aún no habían vencido.

La razón de ello es muy simple. D, al incumplir, pierde el beneficio del plazo que tenía como deudor. El derecho ya no confía en ese deudor que incumplió con el pago de esas tres cuotas, sin importar que esas cuotas hayan sido o no sucesivas. Como el derecho ya no cree en él, lo despoja de ese beneficio; y, con ello, protege al acreedor.

Otra norma importante es la contenida en el artículo 1328, que regula las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad. Atendiendo a lo estipulado en ese artículo, si en una cláusula se prescribe que el deudor no tendría que responder si incumple sus obligaciones por dolo o culpa inexcusable, esa cláusula sería nula.

La sanción que se impone a ese tipo de cláusulas resulta más que justificada. Si fuera válido que el deudor quede exonerado a pesar de que su incumplimiento fue doloso, ese incumplimiento voluntario de su obligación y los subsiguientes daños y perjuicios que cause dicho incumplimiento quedarían impunes, y eso no lo puede permitir el derecho. Más elemental aún, si el derecho permitiera que el deudor restringa, suprima o limite su responsabilidad por dolo, se desnaturalizaría el concepto mismo de obligación, ya que prácticamente daría igual que se obligue o no. Si quisiera, el deudor optaría por no cumplir y el acreedor no podría reclamar nada al respecto.

En tanto la línea divisoria entre el dolo y la culpa inexcusable es tan tenue que el derecho ha optado por asimilarlos y otorgarles el mismo tratamiento, extiende esa sanción a los casos en que la cláusula limite, restrinja o suprima la responsabilidad cuando el incumplimiento se deba a culpa inexcusable del deudor.

Según lo prescrito en el artículo 1328, entonces, la única posibilidad de que el deudor se exonere o, al menos, limite su responsabilidad *ex ante* por medio de una cláusula, se encuentra en los supuestos en que el incumplimiento obedece a culpa leve.

Ahora bien, hasta el momento, al referirnos al tema de los daños y perjuicios, no hemos realizado ninguna distinción en cuanto a la naturaleza de la obligación de cuyo incumplimiento pueden derivarse esos daños y perjuicios. De ello se sigue que todo lo que hemos expresado es aplicable tanto a las obligaciones de dar, como a las de hacer y no hacer. Sin embargo, debemos resaltar que las obligaciones de dar sumas de dinero constituyen un caso muy especial. Lo que justifica que para aquel, la ley otorgue un tratamiento normativo también especial en el artículo 1324 del Código.

Según lo previsto en esa norma, 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. La norma precisa, además, que si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios. De igual manera, señala que si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde el respectivo resarcimiento al acreedor que demuestre haberlo sufrido.

Entonces, cuando nos encontramos frente a una obligación de dar una suma de dinero, el deudor incumple con pagar a la fecha de vencimiento y el acreedor lo constituye en mora, esa constitución en mora ocasiona intereses moratorios y esos intereses moratorios vendrían a ser la indemnización que le correspondería al acreedor por el incumplimiento. Esto, en otras palabras, significa que, en virtud de lo prescrito por nuestro

Código, en el caso de las obligaciones de dar sumas de dinero, los daños y perjuicios se restringen a los intereses moratorios.

Con esta premisa como base, aclaremos ahora algunos de los puntos regulados en el artículo 1324. Primero, que cuando la norma hace mención del interés legal, no está imponiendo su aplicación. Si las partes pactaran una tasa de interés moratorio superior al interés legal, regiría esa tasa; si pactaran una tasa inferior al interés legal, regiría aquella. La tasa del interés legal regirá, entonces, a falta de pacto.

Segundo, que sí existe la posibilidad de que el acreedor de una obligación de dar suma de dinero cobre una suma mayor a la de los intereses moratorios, aunque esa posibilidad únicamente se configura en los casos en que se ha pactado la denominada cláusula de indemnización por daño ulterior.

La indemnización por daño ulterior es una cláusula contractual que, por consiguiente, únicamente es aplicable si ha sido prevista en el contrato. Gracias a esa cláusula, si los daños padecidos por el acreedor superaran el monto de los intereses moratorios, podría exigir que ellos sean cubiertos. En virtud de la cláusula por daño ulterior, el acreedor de una obligación de dar suma de dinero tendría derecho a reclamar una indemnización por el íntegro (no menos, pero tampoco más) de los daños y perjuicios. Cabe advertir que en ese íntegro ya estarían contados los intereses moratorios.

Lo que ocurre —y esto es fundamental resaltarlo nuevamente— es que en las obligaciones de dar sumas de dinero, los intereses moratorios cumplen una función indemnizatoria y resarcen al acreedor por los daños y perjuicios que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento.

II. CAPÍTULO SEGUNDO: MORA

2.1. Elementos esenciales de la mora

Para que se configure la mora deben concurrir una serie de elementos: debe haber un retraso en el cumplimiento, el cual debe ser imputable al deudor;

el cumplimiento aún debe ser posible y todavía debe ser útil para el acreedor; y, como regla, el acreedor debe haber requerido el cumplimiento.

Así las cosas, es claro que para que haya mora tiene que haber demora, es decir, retraso en el cumplimiento. Es un imposible jurídico que se configure la mora cuando la obligación aún no ha vencido; y, por consiguiente, cuando aún el deudor no se encuentra obligado a ejecutarla.

Para poder afirmar que ese deudor «demorón» es un deudor moroso, además de la demora o retraso, deberán estar presentes otros requisitos. El simple retraso en el cumplimiento de la obligación no necesariamente constituye en mora. Este es solo uno de sus presupuestos.

No basta con que exista ese retraso o esa demora en el pago, sino que, además, debe tratarse de un retraso o de una demora imputable al deudor; es decir, que la causa de esa demora sea el comportamiento doloso o culpable del deudor. Esto implica que existen situaciones en las cuales, a pesar de producirse el incumplimiento de una obligación y que ese incumplimiento obedezca a un retraso del deudor, no se producirán consecuencias negativas contra ese deudor, porque el incumplimiento se habría producido por una causa no imputable al deudor.

Además, esa situación debe reunir un tercer requisito: el cumplimiento futuro de la obligación todavía debe ser posible. No podría haber mora si la prestación ya no es susceptible de cumplirse. La posibilidad de cumplimiento tardío constituye, entonces, un elemento esencial de la mora.

Consideramos necesario aclarar que cabe la posibilidad de que antes de que el cumplimiento de la obligación deviniera en imposible, el deudor haya sido constituido en mora. En ese supuesto, como es lógico, el deudor tendría que asumir todas las consecuencias jurídicas que esta acarrea; sin embargo, esos efectos dejarían de manifestarse en el momento en que ya no fuera posible cumplir con la prestación. En otras palabras, podría llegar a configurarse la mora desde el momento en que el deudor se retrasa con el pago, pero va a llegar un momento, cuando la ejecución de la prestación

se torna imposible, en que acabará la mora y simplemente tendríamos que referirnos al incumplimiento absoluto de la obligación.

El cuarto requisito de la mora es el de la utilidad del pago. El cumplimiento, entonces, no solo debe ser posible, sino que además debe ser útil para el acreedor.

Si bien es cierto que el tema de la utilidad va a recaer, en la gran mayoría de casos, en la subjetividad del acreedor, es cierto también que ello se encuentra justificado, dado que es, precisamente, el acreedor la única persona que puede determinar si ese cumplimiento le va a ser útil o no. Existen, sin embargo, ocasiones en que las partes, al celebrar el contrato que sirve de título a la obligación que los vincula, *causalizan* sus motivos, los especifican y expresan de modo tal que de no poder concretarse, la obligación ya no les sería útil.

Cuando la obligación consiste en entregar dinero, es difícil alegar que el cumplimiento de la obligación ya no resulta útil. De esta forma, si D tiene que entregar diez mil soles y en lugar de pagar a las 5 de la tarde, se acerca a las 8 de la noche y le ofrece el pago a A, este —de seguro— no contará con argumentos para sostener que la demora ha tenido como efecto que el pago le sea inútil. Salvo que al momento de celebrar el contrato que constituye el título de la obligación, A haya especificado el motivo por el cual para él resulta esencial que el pago sea realizado específicamente a las 5 de la tarde y no después, no podría fundamentar jurídicamente que el cumplimiento de la obligación ya no le sirve.

En todos los supuestos en los que la obligación del deudor tiene como prestación la entrega de una cantidad de dinero representado en una moneda determinada que desaparece o deja de tener valor comercial, la obligación contraída en una moneda desaparecida se paga con la nueva que lo reemplaza. Esto significa que en tales supuestos, el acreedor tampoco podría sostener que el pago ya no le resulta útil.

El quinto elemento esencial de la mora es la intimación o requerimiento de pago.

La regla general en derecho civil, y más concretamente en el derecho de obligaciones, es que el solo paso del tiempo no constituye en mora al deudor. No es suficiente con que D no pague, dolosa o culposamente, en la fecha convenida por una causa que le es imputable, ni que el cumplimiento de la obligación sea posible y, además, sea útil para A; también sería necesario que A requiera el pago.

La intimación o requerimiento no es otra cosa que una comunicación que debe efectuar el acreedor al deudor para exigirle el pago de la obligación. Esa comunicación no tiene una formalidad preestablecida. A, por ejemplo, podría requerir a D llamándolo por teléfono, enviándole una carta notarial, buscándolo en su casa, enviándole una carta simple, remitiéndole un correo electrónico, entre muchas otras posibilidades.

Dicha comunicación tampoco tiene una fórmula preestablecida. No importan las palabras que emplee A, siempre que ellas permitan que D entienda que le está solicitando la ejecución de la prestación a la que tiene derecho. Basta, entonces, cualquier indicación que demuestre inequívocamente que lo que se está haciendo es reclamar el pago.

Algunos autores, sin embargo, tienen una posición contraria a la nuestra en lo que concierne a la fórmula del requerimiento. Aquellos sostienen que la intimación o requerimiento tiene que ser categórico. El acreedor, desde esta perspectiva, tendría que decirle a su deudor: «págame». Tal postura nos parece extrema y, por lo mismo, errónea. En nuestra opinión, la intimación o requerimiento podría ser, incluso, una súplica que, como tal, no contenga alguna expresión categórica o imperativa. Lo importante no es la manera en que el acreedor solicita el pago, lo importante es que, efectivamente, lo solicite. ¿Por qué? Porque en derecho civil se entiende que cuando el acreedor no reclama el pago al deudor a la fecha de vencimiento, está prorrogando tácitamente el plazo.

El requisito del requerimiento de pago o intimación se encuentra recogido en el artículo 1333 del Código, el cual establece como regla general que «Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación».

En la referida norma se establecen también las excepciones a esa regla general. De acuerdo a lo allí prescrito, para que exista mora no es necesario el requerimiento o intimación en los siguientes supuestos:

- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

La frecuencia con que se suelen presentar esos supuestos hace que su carácter excepcional no sea tan exacto y, asimismo, determina que su estudio sea de gran importancia, por lo que debemos revisar cada uno de ellos.

2.1.1. No es necesaria la intimación cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente

Bajo el amparo de esta disposición normativa, es común que en muchos contratos las partes incorporen una cláusula de mora automática que establezca que «si el deudor incumple con pagar la obligación en el plazo convenido, quedará constituido en mora».

En otros casos, siguiendo también lo prescrito en el inciso 1 del artículo 1333, la ley es la que establece la mora automática. Probablemente, el ejemplo más claro de este supuesto es el de las obligaciones tributarias.

La mora automática por pacto de las partes o por disposición legal resulta verdaderamente útil al acreedor, en la medida en que le permite beneficiarse de los efectos de la mora sin tener, primero, que intimar al deudor.

2.1.2. 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

Hay que tener mucho cuidado con los alcances del segundo supuesto contemplado en el artículo 1333, pues la importancia de la designación del tiempo podría implicar, no el acaecimiento de la mora automática, sino, más bien, que aquella no se produzca por la falta de uno de sus elementos configurativos.

La designación del tiempo debe ser un factor importante, debe ser determinante, pero no debe tener una determinación absoluta, porque de ser así, conduciría directamente al incumplimiento definitivo de la obligación, no a la mora.

2.1.3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación

Grafiquemos este supuesto con un ejemplo. D contrae una obligación el 1 de octubre, la que, según lo pactado, debe cumplir el 10 de octubre. El día 12 de octubre, transcurridos dos días desde que venció la obligación sin que su acreedor se haya acercado a cobrarle, D le envía una carta que a la letra señala: «Estimado A, mediante la presente le comunico que no le voy a pagar».

De presentarse una situación como esta, ¿desde qué momento el deudor estaría constituido en mora? ¿Desde el 1 de octubre, desde el 10 o desde el 12? Como es evidente, no podría estar constituido en mora desde el 1 de octubre, dado que aún no había vencido la obligación y sin retraso en su cumplimiento no podría haber mora; así de simple. Tampoco podría estar constituido en mora desde el 10 de octubre, pues el acreedor no le requirió el pago ese día, por lo que no habría mora por intimación. Además, el 10 de octubre tampoco se habría configurado ninguno de los supuestos de mora automática previstos en los incisos 1

y 2 del artículo 1333, dado que ni el pacto ni la ley indicaban que la mora era automática, ni tampoco se desprende de la naturaleza de la obligación que la designación del tiempo era determinante.

Así las cosas, el deudor estaría constituido en mora desde el 12 de octubre, ya que es a partir de esa fecha en que se configuraría el supuesto de mora automática previsto en el inciso 3 del artículo 1333. Recién el 12 de octubre es el deudor el que dice que no va a pagar; y, por consiguiente, a partir de ese momento el derecho considera que no es necesario que el acreedor requiera el pago.

Variemos un poco nuestro ejemplo y supongamos que la carta la envía el 9 de octubre y no el 12. En ese caso, ¿desde cuándo estaría en mora? Pues, estaría en mora desde el 11 de octubre. Ello porque el 9 la obligación no ha vencido y, reiteramos, no podría haber mora sin que haya demora. El 10 de octubre la obligación tampoco ha vencido, en tanto el deudor tiene todo ese día para cumplir con ella, a pesar de que haya decidido no hacerlo e, inclusive, se lo haya informado explícitamente al acreedor. Además, no debemos olvidar que existe la posibilidad de que el deudor se arrepienta y, pese a haber enviado la carta en la que se negaba a pagar, antes de que acabe el 10 de octubre se acerque avergonzado y ejecute la prestación a su cargo.

2.1.4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor

Pese a que el texto de la norma no es confuso, resulta inevitable formularse una pregunta: ¿en qué casos se configuraría el supuesto allí previsto? O, lo que es lo mismo, ¿cuándo la intimación podría no ser posible por causa imputable al deudor?

Debemos señalar que hemos cambiado de opinión en relación con este supuesto de mora automática. Antes (en las dos ediciones del *Tratado de derecho de las obligaciones* y del *Compendio de derecho de las obligaciones* que escribí con el doctor Felipe Osterling Parodi) creíamos que este

supuesto, si bien de complicada aplicación, resultaba más o menos factible. Ilustraremos nuestra antigua posición con un ejemplo.

Como estas dudas están referidas básicamente al ámbito de la casuística, únicamente podremos despejarlas a partir de un ejemplo.

Supongamos que A le presta dinero a D y este último se obliga a pagárselo el día 1 de octubre. Se vence el plazo pactado, y ante la falta de iniciativa de D, que parece no tener intenciones de acercarse a su acreedor, A lo llama por teléfono en reiteradas ocasiones y le envía innumerables correos electrónicos a partir del día 5 de octubre, aunque no logra localizarlo en ninguno de esos intentos. El día 10 de octubre, gracias a un amigo en común, A se entera de que D se fue de viaje el día 3 de octubre a Tailandia —lo que constata con un certificado de la Dirección Nacional de Migraciones del Ministerio del Interior— y que no tiene fecha de retorno, pues piensa quedarse a residir allí.

En este ejemplo, la intimación sería imposible por causa imputable al deudor puesto que, no habiéndose establecido su domicilio en el contrato, D se mudó sin comunicárselo a su acreedor.

Ahora bien, ¿desde cuándo se consideraría a D en mora? ¿Desde el día en que viajó? ¿Desde el 5 de octubre que el acreedor intenta intimarlo? ¿Desde que A se entera de que D salió del país? Es evidente que el hecho de que D haya viajado resulta un elemento importante, pues es lo que determina que A no lo pueda intimar, pero no es el momento definitivo, ya que si no hay intentos de intimación no se podría configurar el supuesto del inciso 4 del artículo 1333 del Código. En tal sentido, podemos afirmar que para que se configure el inciso 4, es imprescindible que el acreedor haya realizado actos tendientes a intimar al deudor. Si el acreedor no intentara intimarlo, no podría sostenerse que la intimación es imposible por causa imputable al deudor.

Lo anterior nos llevaba a sostener que, en realidad, el inciso 4 del artículo 1333 no contempla, en estricto, un supuesto de mora automática. No puede calificarse como un caso de mora automática si presupone que el acreedor intente requerir el pago a su deudor.

A diferencia de los supuestos regulados en los incisos precedentes, el vencimiento del plazo convenido para pagar la obligación o el acaecimiento de una circunstancia ajena a las partes no determina la constitución en mora del deudor, sino que exige una conducta por parte de uno de los sujetos de la relación obligacional: el acreedor tiene que intentar intimar a su deudor.

Así las cosas —decíamos— lo que podría cuestionarse es qué se entiende por intento de intimación, es decir, qué tiene que hacer el acreedor para que se entienda cumplido este requisito. En nuestra opinión, el acreedor debería realizar los actos que razonablemente haría una persona diligente a fin de cobrar su crédito, de donde se sigue que, para que sea de aplicación el inciso 4 del artículo 1333, no bastaría con las llamadas telefónicas realizadas por A.

No obstante, hoy creemos que nuestro razonamiento partía de un error conceptual, pues si había un domicilio contractualmente establecido, cualquier requerimiento de pago realizado a ese domicilio sería constitutivo de mora del deudor. Este, por tanto, no sería un supuesto de mora automática, sino uno de mora por intimación.

En el supuesto, raro por cierto, de que no se hubiese pactado un domicilio contractual del deudor, se deberán aplicar las reglas de domicilio del Código Civil, por lo que el requerimiento de pago que se le realice en ese domicilio, lo constituirá en mora.

En otras palabras, el inciso 4 del artículo 1333 del Código Civil solo resultaría aplicable en el caso de que ni siquiera se pudiese obtener el domicilio del deudor aplicando las normas de domicilio del Código Civil.

En este supuesto absolutamente residual, por cierto, es en el que resultaría aplicable el inciso 4 del artículo 1333, en el cual rigen, *mutatis mutandis*, las consideraciones que exponíamos en nuestra posición original sobre el particular.

Para finalizar esta parte, juzgamos imprescindible resaltar que el hecho de que se configure un supuesto de mora automática y, por ende, ya no se exija como requisito la intimación del deudor, no enerva que continúe siendo indispensable la concurrencia de los demás requisitos de la mora.

La configuración de la mora automática exige que haya un retraso en el cumplimiento de la obligación, que ese retraso sea imputable al deudor, que la obligación sea posible de ejecutarse y, además, que aún le resulte útil al acreedor.

2.2. Efectos de la constitución en mora

Las consecuencias que acarrea que el deudor sea constituido en mora son, fundamentalmente, dos: genera daños y perjuicios moratorios, así como intereses moratorios.

Analicemos el primero de los efectos a través de un ejemplo. Supongamos que D tenía una empresa constructora y se obligó a entregar a A, el día 1 de octubre, una casa de mil quinientos metros cuadrados, con acabados de lujo y ubicada en una zona residencial exclusiva, a fin de que este y su familia puedan vivir allí en cuanto regresen de viaje. El 5 de octubre, A se acercó a la empresa y exigió que le entreguen la casa según lo acordado. D le contestó que no podía entregarle la casa porque aún no la terminaban, por lo cual A y su familia se vieron forzados a ir a vivir a un hotel hasta el 10 de diciembre, fecha en que por fin le entregaron su inmensa y lujosa casa.

El periodo que transcurre entre el momento en que el acreedor le exige al deudor el cumplimiento de la obligación y el momento en que efectivamente ella es cumplida es el periodo de mora. Los daños y perjuicios causados durante dicho lapso se denominan *daños y perjuicios moratorios* y constituyen el primer efecto de la mora.

Conviene señalar que los daños y perjuicios moratorios no son los únicos que podrían surgir. El incumplimiento también podría dar lugar a que se generen daños y perjuicios compensatorios.

Para entender la diferencia entre unos y otros, imaginemos que lo que D tenía que entregar no era una casa, sino un automóvil. Pese a que debió entregar el vehículo el 1 de octubre, y al haber sido requerido para ello por el acreedor ese mismo día, no lo hizo, y el 10 de diciembre, cuando todavía no lo había entregado, se produce la pérdida del bien por causa imputable

al deudor. En el caso planteado, la destrucción del vehículo hace que ya no se pueda hablar de daños y perjuicios moratorios, en tanto aquellos se producen dentro del periodo de mora y cuando el bien se destruye o se pierde, la obligación ya no resulta posible; y, por lo tanto, faltaría uno de los requisitos configurativos de la mora. A partir del 10 de diciembre, día en que la obligación deviene en imposible por la pérdida del automóvil, el deudor ya no estaría en mora, lo que, sin embargo, no significa que el día de la pérdida no se puedan generar otro tipo de daños y perjuicios. De hecho, la pérdida del bien generaría daños y perjuicios que ya no serían moratorios, sino compensatorios.

A partir del ejemplo, entonces, podemos afirmar que así como los daños y perjuicios moratorios tienden a indemnizar al acreedor por el retraso en el pago, los daños y perjuicios compensatorios tienden a indemnizar al acreedor por el incumplimiento definitivo de la obligación total, por el incumplimiento parcial o por el cumplimiento defectuoso de la obligación.

Ahora, en un caso como el que nos sirve de ilustración, esos dos tipos de daños y perjuicios se suman, dado que indemnizan rubros distintos. Los daños y perjuicios moratorios serían los que se produjeron desde la fecha en que venció la obligación (2 de octubre, pues la deuda debía pagarse el día 1 y el deudor fue constituido en mora ese mismo día) y el día en que su cumplimiento se hizo imposible (10 de diciembre). Los daños compensatorios serían aquellos producidos como consecuencia de la pérdida del bien, es decir, aquellos que se producen a partir del 10 de diciembre.

El segundo efecto de la mora del deudor son los intereses moratorios. Al respecto, conviene señalar que, generalmente, cuando nos encontramos en presencia de obligaciones cuyas prestaciones consisten en dar algún bien distinto al dinero o en hacer algo, la indemnización que se deriva de su incumplimiento se valora en daños y perjuicios. Cuando, en cambio, las obligaciones son de dar sumas de dinero, los daños y perjuicios consisten, salvo excepciones, en los intereses moratorios.

De esta manera y como hemos advertido al referirnos a las disposiciones generales de inexecución de obligaciones, cuando se trata de obligaciones de dar sumas de dinero y el deudor es constituido en mora, la sanción que existe por esa mora, la indemnización que se tiene que pagar, se circunscribe a los intereses moratorios, salvo que se hubiese pactado la cláusula de indemnización por daño ulterior. En ese último supuesto que —reiteramos— es excepcional, el deudor estaría expuesto a pagar una indemnización que supere el monto de los intereses moratorios. Así, de pactarse la cláusula de indemnización por daño ulterior, el deudor se encontraría obligado a resarcir el íntegro de los daños y perjuicios causados por su incumplimiento, situación que no necesariamente se presentaría con el resarcimiento de los intereses moratorios.

Ilustremos esta idea por medio de un ejemplo. D se obligó a pagarle a A mil soles el 1 de abril. Como no cumplió con su obligación, A lo constituyó en mora el día 5 de abril. El 10 de ese mismo mes, D se acerca y le paga los mil soles más los intereses moratorios que se generaron como consecuencia del retraso y que se cuentan a partir del día en que el acreedor lo constituyó en mora y hasta el día en que, efectivamente, realizó el pago.

Esos intereses moratorios tienen función indemnizatoria. Es más, en tanto se trata de una obligación de dar suma de dinero, la regla es que el monto indemnizatorio se circunscribe a los intereses, aunque ellos no cubran íntegramente los daños y perjuicios padecidos por el acreedor como consecuencia del retraso. Esta regla tiene, repetimos, una excepción; a saber, que las partes hayan pactado la denominada indemnización por daño ulterior.

Conviene aclarar que la indemnización por daño ulterior es una indemnización que no solo puede pactarse respecto de las obligaciones de dar sumas de dinero. Las partes pueden convenirla sin importar el tipo de prestación que sea objeto de la obligación.

2.3. Mora del acreedor

El acreedor también puede incurrir en mora, lo que presupone que se cumplan todos los requisitos a los que ya nos hemos referido, salvo el de la utilidad del pago. De esta manera, por ejemplo, es necesario que haya intimación o requerimiento, aunque, como es evidente, ya no será para cobrar, sino para que se acepte el pago o para que el acreedor realice los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda pagar.

Nos explicamos. Es evidente que el deudor es quien tiene que pagar; no obstante, el acreedor muchas veces tiene que realizar actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir con su obligación. De esta manera, por ejemplo, si el deudor se encontrara obligado a pintar la casa del acreedor, este último tendría, necesariamente, que dejarlo entrar puesto que, de no hacerlo, es obvio que el deudor no podría cumplir con su obligación. Que el acreedor le permita entrar a su casa es un acto de colaboración; entonces, si no lo realiza, podría ser constituido en mora por el deudor. De igual manera, si el deudor tuviera que entregar mil soles a su acreedor, este los tiene que recibir, pues, de no hacerlo, no le permitiría al deudor pagar su obligación.

El deudor, entonces, no solo está obligado a pagar su deuda, sino que tiene el derecho de hacerlo, de la misma forma que el acreedor no solo tiene el derecho de que le paguen su crédito, sino que tiene el deber de recibir el pago. De allí que si el deudor quiere pagar y el acreedor no le acepta el pago, esa situación configuraría la mora del acreedor.

Supongamos que D se obliga a entregar a su perro Devorador a A. El día 5 de abril, fecha convenida para que se cumpla lo pactado, D lleva a Devorador hasta la casa de A, pero este no acepta el perro porque tiene que salir de la ciudad por tres semanas. En ese momento A quedaría constituido en mora; y, en consecuencia, se configurarían los efectos propios de la mora.

Esos efectos propios de la constitución en mora del acreedor son dos: los daños y perjuicios moratorios y la transferencia del riesgo.

En este ejemplo, en el que la obligación consiste en entregar a Devorador, ¿qué daños y perjuicios podría padecer el deudor como consecuencia de la negativa del acreedor de recibir al perro? D durante las tres semanas que se ve forzado a conservar a Devorador, gastará en su alimentación, en su aseo, en fin, en todo aquello que se deriva de su cuidado. Esos gastos serían daños y perjuicios derivados de la situación de mora, es decir, serían daños y perjuicios moratorios. El acreedor tendría que asumir esos daños y perjuicios moratorios frente a su deudor.

El segundo de los efectos, a saber, la transferencia del riesgo, amerita una mayor explicación, por lo que realizaremos algunas variaciones en nuestro ejemplo sobre Devorador.

La historia es esta. Conforme a lo convenido, el día 5 de abril, D tiene que llevar a Devorador a casa de A para entregarlo. Como no viven lejos, decide ir caminando con el perro para relajarse un poco. Justo cuando están por cruzar la última calle, un hombre sin escrúpulos y con un sentido del humor retorcido, decide divertirse un rato y acelera su auto deportivo sin respetar las señales de tránsito y sin importarle siquiera pasarle por encima al pobre Devorador. El perro yace muerto en la pista y D ya no tiene perro alguno que entregar a A.

En un caso como el planteado y recordando lo estudiado en la teoría del riesgo de las obligaciones de dar bienes ciertos, es claro que se aplicaría el principio según el cual el riesgo de pérdida de la contraprestación corresponde al deudor (*periculum est debitoris*). Ello significa que si A tenía que pagar a D como precio por el perro la suma de mil dólares, ya no tendría que hacerlo. Con la pérdida del bien, D pierde el derecho a la contraprestación que le correspondía.

Realicemos una variante con el ejemplo y supongamos que cuando D va a entregar a Devorador, logra cruzar la calle sin inconveniente alguno. D logra llegar a la casa de A e intenta cumplir con su obligación según lo previsto, pero A no se lo permite. A, en vez de recibir al perro, le dice a D que está ocupado y que mejor regrese el 10 de abril. D, ante esa situación, no tiene otra alternativa que emprender el camino de regreso a su hogar

con Devorador. En el trayecto tiene la mala fortuna de encontrarse con un irresponsable que maneja un auto deportivo a toda velocidad y sin respetar señalización alguna. Aquel irresponsable atropella sin el más mínimo remordimiento a Devorador, quien muere al instante del impacto.

La variación que acabamos de hacer al ejemplo resulta tremendamente significativa dado que ya que Devorador murió sin culpa de las partes, luego de que A fue constituido en mora, ya no se aplicaría el *periculum est debitoris*. La constitución en mora del acreedor, ante su negativa de recibir al perro, provoca como uno de sus efectos que el riesgo se transfiera, de modo tal que el principio que prima, es que la pérdida de la contraprestación pactada la asume el acreedor (*periculum est creditoris*). La aplicación del citado principio conlleva que, pese a que D ya no podría cumplir con su obligación, sí tendría derecho a cobrar los mil dólares pactados como contraprestación y A se encontraría obligado a pagarlos.

Conviene reiterar que la transferencia del riesgo y la aplicación del principio *periculum est creditoris* tienen cabida en la medida de que el bien se perdió sin culpa de las partes. No se transfiere el riesgo cuando el bien se pierde por culpa del deudor; no se transfiere el riesgo cuando el bien se pierde por culpa del acreedor. Debemos tener presente que la transferencia del riesgo no enerva los deberes de diligencia en la persona al cuidado del bien, de donde se sigue que si Devorador hubiera muerto por culpa de D, este sería quien asumiría el riesgo y perdería el derecho a la contraprestación pactada.

De igual manera, conviene aclarar que si ante la negativa de A de recibir el perro, D hubiese aceptado regresar el 10 de abril, ello no interfiere con la constitución en mora y la consecuente transferencia del riesgo; al fin y al cabo, la nueva fecha se está acordando porque A se niega a aceptar el ofrecimiento de pago de D.

III. CAPÍTULO TERCERO: OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal puede definirse como un pacto anticipado de indemnización. En ella se dispone que si el deudor incumple, va a tener que pagar una indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto también se especifica en el pacto. Así, la cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad, lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula solo aluda a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza.

Por otra parte, al tener la cláusula penal carácter accesorio (pues no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento resguarde o garantice), hablar de obligación con cláusula penal no resulta errado, en la medida en que se estará haciendo referencia a aquellas relaciones obligatorias que incluyen una penalidad convenida por las partes.

La cláusula penal se puede estipular al tiempo de constituirse la obligación principal o posteriormente, pero siempre antes de su inejecución.

Esta cláusula, al igual que los daños y perjuicios, puede tener naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si lo que se pretende indemnizar es el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento definitivo de la obligación.

Son varias las ventajas teóricas que posee la cláusula penal. La principal es evitar todos los problemas probatorios que podrían surgir para determinar la cuantía de los daños y perjuicios; y, con ello, de la indemnización. Las partes, al celebrar el contrato y, por consiguiente, antes de que se produzca cualquier daño, determinan cuál será el monto de la indemnización que generará un eventual incumplimiento. Así, por ejemplo, podrían pactar que, terminado el arrendamiento, si el deudor no devuelve la casa el día pactado, tendrá que pagar cien dólares por cada día de retraso. Evidentemente, esa típica cláusula penal moratoria evitaría los problemas de determinación de la cuantía de la indemnización.

Empero, la cláusula penal cumple también una función compulsiva, en la medida en que los montos que se establecen como penalidad, generalmente, no son diminutos; y, por ende, suelen incentivar al deudor a cumplir con su obligación. Es común que si, por ejemplo, se prevé que los daños y perjuicios que pueden generarse como consecuencia del incumplimiento serían de, aproximadamente, 20 000 dólares, en la cláusula penal no se va a establecer como penalidad esa cifra, sino 100 000 dólares.

Como correlato de lo anterior, la cláusula penal también cumple una función disuasiva, en tanto desalienta al deudor de incumplir.

Señalado esto, adentrémonos un poco más en la forma en que opera la cláusula penal, a partir de dos situaciones. Primero, imaginemos que en la cláusula penal se pactó como monto indemnizatorio la suma 100 000 dólares, pero ocurrido que el incumplimiento de los daños y perjuicios que este provoca, ascienden no a 100 000, sino a 150 000.

De ocurrir aquello, ¿el acreedor podría reclamar la diferencia? Nuestro ordenamiento jurídico prescribe que no, aunque admite un supuesto de excepción. De esta manera, si se establece una cláusula penal, en principio, únicamente se puede cobrar el límite de lo pactado, salvo que se hubiese convenido la indemnización por daño ulterior.

Si se presentara una situación como la planteada, esto es, un supuesto en el que los daños, efectivamente, padecidos, sean superiores a la penalidad convenida, podría ocurrir que, al no haber pactado la cláusula de indemnización por daño ulterior, el acreedor igual reclame 150 000 dólares, con el argumento de que la cláusula penal es una cláusula limitativa de responsabilidad; y, por consiguiente, nula.

Esto nos lleva a formular una pregunta que aún no encuentra una solución unívoca en nuestro derecho: ¿la cláusula penal es una cláusula limitativa de responsabilidad o reviste naturaleza distinta?

Las respuestas varían. La poca doctrina que se ha ocupado del tema no ha logrado todavía alcanzar una solución que pueda calificarse como mayoritaria. Algunos consideran que la cláusula penal es, en efecto, una cláusula limitativa de responsabilidad; y, por consiguiente, le sería aplicable

lo dispuesto en el artículo 1328, que sanciona con nulidad la exoneración y limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable. Desde esta perspectiva no sería necesario pactar la indemnización por daño ulterior. Otros, en cambio, optan por considerar que la cláusula penal es distinta de las cláusulas limitativas de responsabilidad, de donde se sigue que si el límite es de 100 000, no importa que los daños sean superiores a esa cifra; solo importaría si se hubiera pactado una cláusula de indemnización por daño ulterior.

Veamos ahora la segunda de las situaciones e imaginemos que el daño sufrido es inferior al monto pactado como penalidad. ¿Qué monto es el que puede exigir el acreedor y que, como correlato, se encontraría obligado a cumplir el deudor? Pues, en principio, rige el monto establecido en la cláusula penal. Así, aunque los daños fueran por 60 000, el acreedor, en virtud de lo convenido en la cláusula penal, tendría derecho a cobrar 100 000.

No obstante, en la práctica, la aplicación de esta regla, que a primera vista no resulta controvertida, adolece de serios inconvenientes que son producto de lo prescrito en el artículo 1346, norma de orden público que tiene el efecto de atenuar la fuerza de la cláusula penal.

Tal norma es una de las más criticadas del Código, aunque, debemos admitir, la mayoría de las críticas que ha recibido, no toman en cuenta que no regula un solo supuesto, sino varios. La norma no nos dice únicamente que el deudor puede solicitar la reducción de la pena, más bien, establece supuestos que, en realidad, poseen carácter excepcional en la medida de que la regla general consiste en que rige el monto señalado como penalidad en la cláusula.

El primero de los supuestos previstos es el que genera mayores inconvenientes al disponer que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifestamente excesiva. Es probable que el deudor, como nos informa el sentido común, solicite siempre la reducción. No obstante, esto no significa que el juez siempre deba otorgársela, pues para que ello suceda, debe cumplirse primero con

un requisito: que la pena sea manifiestamente excesiva. Es cierto que la posibilidad de que el deudor pueda reclamar que se reduzca la penalidad; y, más aún, la posibilidad de que el juez declare fundada esa solicitud, puede dar lugar a injusticias. Sin embargo, debemos admitir que en algunos contratos constituye una solución jurídica aceptable y hasta deseable.

En nuestra opinión, esa posibilidad que otorga el artículo 1346 es justa y razonable cuando nos encontramos frente a contratos por adhesión o frente a contratos compuestos por cláusulas generales de contratación. Y es que si una de las partes solamente se restringe a firmar un formulario y no tiene posibilidad de modificar lo allí dispuesto, es lógico que, al menos ante el incumplimiento, sí tenga posibilidad de discutir respecto de esa cláusula penal que nunca tuvo oportunidad de negociar, pues de lo contrario se podrían estar validando situaciones de abuso. Sin perjuicio de lo señalado, reconocemos que en los contratos paritarios o de negociación previa, podría no existir una justificación lo suficientemente sólida como para aceptar que el derecho tutele al deudor que incumple con lo que él mismo pactó.

Por último, consideramos conveniente señalar que la segunda parte de la norma se justifica sin mayores inconvenientes; entretanto, en los supuestos allí previstos, sí sería justo que se realice una reducción de la penalidad. Estos supuestos se configuran, por un lado, cuando el deudor ha cumplido parcialmente y ese cumplimiento parcial es útil y, en consecuencia, aceptado por el acreedor; y, por otro, cuando el deudor ha cumplido defectuosamente y ese cumplimiento, a pesar de ser defectuoso, tiene utilidad.

Como podrá apreciar el lector, la vida profesional ha ido atenuando las críticas que antes formulábamos con respecto al artículo 1346 del Código nacional y que se pueden apreciar en las dos ediciones del Tratado de Derecho de las Obligaciones y del *Compendio de derecho de las obligaciones* que escribí con el doctor Felipe Osterling Parodi.

PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los principios del pago?
2. ¿Cómo se clasifican los intereses?
3. ¿En qué supuestos el pago no puede ser realizado por un tercero?
4. ¿Qué reglas se aplican para imputar el pago?
5. ¿Qué requisitos deben concurrir para que pueda efectuarse el pago por consignación?
6. ¿En qué se diferencian el pago con subrogación del pago por tercero regulado en el artículo 1222 del Código?
7. ¿En qué supuestos opera la subrogación legal o de pleno derecho?
8. ¿Cuál es la diferencia esencial entre la dación en pago y la novación objetiva?
9. ¿Qué consecuencias se generan cuando quien recibe un pago indebido lo hace de buena fe?
10. ¿Cuáles son las diferencias entre la novación subjetiva por cambio de acreedor y la cesión de créditos?
11. ¿Qué modalidades de novación subjetiva por cambio de deudor regula nuestro Código y cuál es la diferencia entre ambas?
12. ¿Qué requisitos deben concurrir para que pueda operar la compensación unilateral?
13. ¿En qué supuesto se presume que ha operado la condonación de la deuda?
14. ¿Qué consecuencias genera el cese de la consolidación?

15. ¿Cuáles son los alcances de la calidad de cosa juzgada que posee la transacción extrajudicial?
16. ¿Qué es el mutuo disenso?
17. ¿Cuándo un incumplimiento es imputable al deudor y cuándo no lo es?
18. ¿Qué tratamiento otorga el Código a las denominadas cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad?
19. ¿Cuáles son los elementos esenciales de la mora?
20. ¿Qué es la cláusula penal?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
setiembre 2018 Lima - Perú

Fondo Educativo PUCP