

LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Carlos Cárdenas Quirós*
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

En Julio del presente año la Comisión Reformadora del Código Civil da a conocer el Proyecto de Reforma del mencionado cuerpo legislativo. El Doctor Carlos Cárdenas fue el miembro la Comisión Reformadora encargado de la ponencia del Libro de Obligaciones, por lo que sus reflexiones finalmente nos transportan a la fundamentación y motivos del proyecto.

En esta ocasión el autor realiza un comentario sobre la reforma del libro de obligaciones del Código Civil, evaluando la necesidad de mantener el principio del favor debitoris como fundamento de diversos artículos del Código; o si por el contrario es preciso modificar dichos artículos con el fin de ajustarlos a la finalidad del contrato y la realidad.

* Abogado. Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho y Secretario-Tesorero de la misma Corporación. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, España). Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba /Argentina). Socio Extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía (Italia). Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil.

I. EXPLICACIÓN NECESARIA

El proceso de reforma del Código Civil de 1984 se inició en noviembre de 1994, cumplidos diez años de su vigencia, al dictarse la Ley 26394, modificada por la Ley 26673 de octubre de 1996, que dispuso la constitución de una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley de reforma del referido cuerpo legislativo.

Desde mi incorporación a la indicada Comisión en el año 1996, como representante del Poder Ejecutivo, han sido varias las ocasiones en que he desarrollado por escrito las ideas principales que sustentan las reformas que he propuesto en materia de Obligaciones.

El presente artículo, en ese sentido, no es ni puede ser completamente inédito, porque reproduce textos que ya han sido objeto de divulgación con anterioridad, seguramente menos amplia que la que habrá de producirse en esta ocasión con motivo de su publicación en el número 60 de la revista THEMIS. Como es evidente, para cumplir ese propósito, ha sido necesario que revise los textos anteriormente publicados para corroborar que las ideas que allí expuse y sustenté mantienen vigencia y guardan correspondencia con los artículos aprobados en el seno de la Comisión Reformadora.

Conviene dejar constancia de que no me ocupo en este artículo de todas las reformas propuestas. Lo usual, en textos anteriores, fue tratar sólo aquellas que estimé como las más significativas. No obstante, en este, incluyo comentarios sobre otras reformas a las que no me referí anteriormente, pero sin llegar a comprender todas.

II. INTRODUCCIÓN

En 1994, con ocasión del Congreso Internacional realizado en la Universidad de Lima para celebrar el décimo aniversario de la vigencia del Código Civil, sostuve que si se participa de la convicción de que el Derecho es vida en permanente y constante fluir, resulta sencillo comprender la necesidad de mantener al día la legislación, teniendo en cuenta, como presupuesto, las exigencias que

impone el orden social.

Como ha expresado certeramente el ilustre jurista español don Ramón Serrano Suñer, “el Derecho, que es rémora detestable y odiosa cuando como reloj parado marca una hora inamovible en su esfera, es la garantía insustituible para los valores personales cuando marcha a compás del tiempo y cuando sirve para abrir cauce a la concepción del mundo y de la vida que tiene la generación que ha de cumplirlo”¹.

No puede pretenderse que el legislador asuma el papel pasivo de mero espectador del cambio cotidiano, ni puede admitirse que se muestre indiferente frente a cuestiones cuya solución es reclamada para un adecuado desenvolvimiento de las relaciones sociales. Por ello, resulta inaceptable la idea de que los Códigos sean definitivos e inmutables. Las obras legislativas no pueden ser contempladas con ceguera, creyendo ilusamente en su carácter inmodificable.

Precisa advertirse que la reforma de la legislación debe descartar necesariamente como idea inspiradora el mero afán de malabarismo técnico. Si así no sucediera, se correría el serio riesgo de que la norma reformada terminara siendo letra muerta debido a su nula correspondencia con la realidad a la que pretende ser aplicada.

La reforma debe excluir también la modificación de instituciones o su regulación, sustentada en la seducción –irresistible para muchos– que suscita la última novedad, a la que más bien hay que observar con desconfianza, con sospecha. Bien decía Gregorio Marañón que “la verdad científica crece, al cabo del tiempo, como una espiga entre montones de plantas inútiles destinadas a perecer, y hay que dejar que el tiempo haga esa selección entre lo permanente y lo fugaz”².

La prudencia debe presidir la labor de reforma. No obstante, a este respecto debe tenerse muy presente la observación de Luis Díez Picazo cuando señala que “se degrada la idea de “prudencia” cuando se la quiere hacer sinónima de cautela, de precaución o de ritmo despacioso. La prudencia verdadera,

¹ “Siete discursos”. Bilbao: Ediciones FE. 1938. p. 115.

² MARAÑÓN, Gregorio. “La medicina y nuestro tiempo”. Quinta edición. Madrid: Espasa-Calpe S.A. 1980. p. 31.

la “*sofrosine*” clásica, es una virtud humana que consiste en una consciente utilización de los medios más convenientes y ajustados para la consecución de un fin. Pues bien, es claro que cuando lo exijan así las circunstancias, lo prudente puede ser la audacia o la anticipación. Con un símil automovilístico, en muchos casos lo prudente no es frenar sino acelerar”³.

Ahora bien, el mismo Díez Picazo ha expresado⁴ que “hay que ponerse en guardia contra una supuesta neutralidad del Derecho de Obligaciones”.

En efecto. No puede dudarse de que la orientación de las soluciones normativas se sustenta en la inclinación del legislador por una u otra posición. Así ocurre en el Código Civil y el Derecho de Obligaciones no puede sustraerse a ello, no obstante que acerca de esta materia para muchos pareciera haberse dicho la última palabra.

En 1985, el jurista venezolano José Mélich Orsini confesaba que le habían dejado perplejos los cambios que contenía el Código Civil de 1984 “en casi todas las materias de las cuales trata, incluidas aquellas como el acto jurídico y las obligaciones, sobre las cuales –decía– nada parece podría añadirse después de lo dicho por los grandes maestros europeos del pasado siglo”⁵.

Corresponde a la Comisión creada por la Ley 26394, modificada por la Ley 26673 de octubre de 1996, evaluar los aciertos y defectos del Código Civil de 1984, con el objeto de mantener los primeros y enmendar los segundos.

La Comisión ha decidido que la reforma del Código comprenda exclusivamente aquellos aspectos cuya modificación o supresión resulte absolutamente indispensable. No se trata, por tanto, de formular un nuevo Código Civil.

En tal sentido, la propuesta que diseñé hace ya

varios años atrás y que importaba introducir reformas drásticas al Libro de Obligaciones, incluyendo la reubicación de determinadas materias, ha sido sustancialmente reducida, limitándose ahora a plantear cambios más bien puntuales a propósito de cuestiones sobre las cuales he juzgado indispensable introducirlos.

III. EL FAVOR DEBITORIS Y LA REGULACIÓN DE DETERMINADAS MATERIAS EN EL LIBRO DE OBLIGACIONES

Resulta incorrecto calificar *a priori* al deudor como la parte débil de un contrato por el solo hecho de serlo y legislar en función de este concepto inclinándose notoriamente la balanza de ese lado.

Ha escrito Georges Ripert a este respecto que “a veces la democracia titubea al proteger al deudor, pues lo que designa a éste es la existencia de la obligación jurídica, y sería necesario, para que la protección siempre fuese justa, poder controlar la fuente e importancia de la obligación. Puede acontecer que el acreedor sea más débil y más desafortunado que el deudor. La protección legal debe dirigirse entonces del lado del acreedor. En realidad no hay una clase social de los deudores, y sólo por una simple presunción figura el deudor en la categoría de los seres débiles a quienes la ley quiere proteger”⁶.

Y más adelante agrega que “la intervención del legislador en el dominio contractual, a favor de una de las partes es infinitamente más delicada que su intervención a favor de los débiles. En efecto, sólo puede existir en provecho de uno a costa del otro y para escoger, antes es necesario descubrir cuál de los dos es el débil a quien ha de protegerse. Pero en esta materia la debilidad puede entenderse diversamente”⁷.

En el mismo sentido opina Felipe Osterling Parodi cuando califica como erróneo el

³ DIEZ PICAZO, Luis. “Experiencias jurídicas y teoría del derecho”. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1983. p. 304.

⁴ DIEZ PICAZO, Luis. “El Derecho de Obligaciones en la codificación civil española”. En: “Centenario del Código Civil”. Tomo I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1990. p. 714.

⁵ MELICH, José. “El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano”. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores. 1986. p. 282.

⁶ RIPERT, Georges. “El régimen democrático y el Derecho Civil moderno”. Puebla: Editorial José M. Cajica. 1951. p. 137.

⁷ Ibid. p. 147.

criterio de que siempre es el deudor la parte más débil de la relación jurídica, y que merece, por tanto, protección especial. Indica que “este concepto, propio de relaciones de otra naturaleza, debe ser proscrita de las legislaciones vigentes, “sobre todo en los países nuevos y cosmopolitas, donde es necesario reforzar ciertos conceptos éticos y de convivencia”. El legislador parece haber olvidado que es el deudor el empresario importante que se obliga a suministrar mercaderías; o el contratista que se obliga a construir una obra; o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías; o, en fin, todo aquel que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea la parte más débil en la relación jurídica. El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio”⁸.

Merece citarse sobre este asunto, un valioso trabajo del ilustre profesor español José María Castán Vázquez, publicado en 1961, que concluye manifestando certeramente lo siguiente:

“Cabe aún preguntarse si la aplicación del principio *favor debitoris* contribuye realmente a la realización de la justicia en el campo del Derecho de obligaciones. Recientes estudios sobre la obligación advierten que el elemento central de la misma está constituido por el deber del deudor y que la idea del deber como factor esencial de la obligación se muestra patente en diversos artículos del Código español y en el conjunto de su regulación. Puede, pues, pensarse que lo que el juez ha de procurar es el cumplimiento de ese deber, lo que se logra cuando se realiza la prestación, independientemente de que ésta satisfaga insuficientemente el interés del acreedor o gravite pesadamente sobre el deudor. Puede aducirse también contra el *favor debitoris*

que, aunque se considera que el deudor es un “sujeto localizado en una situación de subordinación” y el acreedor “otro sujeto puesto en una situación de preeminencia” son sólo en la obligación concreta de que se trate, ya que en la vida, por lo demás, la situación del deudor puede ser precisamente la más holgada”⁹.

A mi juicio, las soluciones legislativas deben procurar el mayor equilibrio de las prestaciones y ajustar sus reglas en la dirección que mejor se ajuste a la naturaleza de las cosas, a la finalidad del contrato y a la realidad.

Conste adicionalmente que en materia de obligaciones y contratos las normas del Código son fundamentalmente de carácter supletorio, es decir, que resultan aplicables para cubrir la regulación de aquellos aspectos a propósito de los cuales las partes han omitido estipular y admiten el pacto en contrario o distinto.

Sobre este particular, Manuel de la Puente y Lavalle, refiriéndose precisamente a las normas supletorias de la voluntad de las partes que se contemplan en el Código como ordenamiento de reserva para los contratos típicos, destaca que “es natural que dicho ordenamiento obedezca a un criterio de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes teniendo en cuenta los intereses que busca tutelar ese contrato típico. En otras palabras, el legislador, al dictar, una por una y todas en conjunto, las normas dispositivas de un contrato típico, busca diseñar el contrato ideal que, en su concepto, proteja armoniosamente los intereses de las partes tomando en consideración la finalidad del contrato, de tal manera que las partes puedan confiar en que existe una regulación supletoria de la voluntad común que ha sido elaborada precisamente para velar por la justicia contractual”¹⁰.

⁸ OSTERLING, Felipe. “Inmutabilidad de la cláusula penal”. En: Derecho. Órgano de la Facultad de Derecho 24. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1965. p. 22.

⁹ CASTÁN, José María. “El *favor debitoris* en el Derecho español”. En: Anuario de Derecho Civil. Madrid. 1961. p. 849. En una obra de publicación reciente, pues apareció en 2010 (*Favor debitoris* –análisis crítico. Biblioteca Iberoamericana de Derecho. Editorial Reus S.A. y otras. Madrid), el distinguido profesor Carlos Rogel Vide analiza críticamente el principio y concluye, después de un elaborado análisis, que debe ser sustituido por el de la protección de la parte más débil de la relación obligatoria, y en caso de que tal debilidad no pueda apreciarse, por el del exacto cumplimiento de los deberes que derivan de ella y el de la reciprocidad y equilibrio de las prestaciones.

¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. En: “Biblioteca Para leer el Código Civil”. Primera parte. Tomo III. Volumen XI. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1991. p. 224.

El Libro VI del Código Civil contiene diversos artículos cuyo sentido ha sido determinado precisamente en función de la regla del *favor debitoris*. Interesa por ello, en atención al proceso de reforma al que se encuentra sometido, analizar esas soluciones legislativas con el objeto de evaluar si se justifica mantenerlas o si, por el contrario, resulta indispensable su modificación.

IV. COMENTARIOS A ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA

A. La elección en el ámbito de las obligaciones con prestación de dar un bien incierto y con prestaciones alternativas

El Código Civil opta en ambos casos por establecer sobre la base del *favor debitoris* que el derecho a elegir corresponde en principio al deudor, si bien admite que pueda acordarse en favor del acreedor o de un tercero. No resulta justificada dicha solución, pues es razonable considerar que en tales obligaciones lo que corresponde es atender fundamentalmente al interés del acreedor y no al del deudor como principio. Es entonces el acreedor el que debe ostentar la primera opción para determinar el objeto de cumplimiento, particularmente en el caso de las obligaciones con prestaciones alternativas. Considerando esto, se propone la reforma de los artículos 1143 y 1162 del Código, estableciendo como regla que la elección corresponde al acreedor, sin perjuicio de poderse atribuir dicha facultad al deudor o a un tercero por acuerdo de las partes o resultar ello de un mandato legal o de las circunstancias del caso. Se trata de una fórmula que no encuentra antecedente en el derecho comparado hasta donde llega mi conocimiento.

B. Mora en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer¹¹

Como es sabido, el objeto de este tipo de prestaciones, llamadas también negativas, en oposición a las positivas de dar y de hacer, está constituido por una abstención, una inactividad por parte del deudor. Esa inactividad puede importar una abstención pura o más bien no oponerse a que otro haga algo. Se distingue así entre las prestaciones *non faciendo e in patiendo*.

En razón de las modalidades de ejecución que puede asumir la prestación negativa, es posible distinguir varias clases de omisiones.

Así, puede ser una de ejecución instantánea, agotándose en un solo acto.

También puede ser duradera, prolongándose en el tiempo por un período más o menos amplio.

Respecto de las duraderas, se tratará de una abstención continuada si debe ejecutarse la abstención sin interrupción durante un determinado tiempo. Pero puede tratarse también de una omisión de ejecución periódica, si tal ejecución debe producirse con intervalos iguales o desiguales en el tiempo¹².

A propósito de la prestación negativa de ejecución duradera de carácter continuado, es importante distinguir entre aquellas que “tienen por objeto la suspensión de una actividad que el sujeto realizaba de manera habitual, de las promesas de abstención que vienen a dar carácter periódico a una pasividad del sujeto, que no estaba realizando la actividad que promete no ejecutar”¹³.

Los dos supuestos que plantea Moisset de Espanés, son hipótesis de abstenciones

¹¹ Sobre este asunto, reproduzco parcialmente párrafos extraídos del artículo titulado “La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer” que he elaborado para el Libro Homenaje al doctor Manuel de la Puente y Lavalle de próxima aparición.

¹² La prestación negativa de ejecución duradera de carácter periódico puede consistir en una inactividad única que debe producirse en diversos momentos con intervalos iguales o desiguales. Así ocurrirá, por ejemplo, si el deudor se obliga a no abrir su establecimiento comercial los días 20 de cada mes durante un año. En este caso, cada abstención se agota instantáneamente. Adicionalmente, la ejecución duradera de tipo periódico puede estar dada por una abstención que se prolonga en el tiempo, sin agotarse de forma inmediata, pero produciéndose con intervalos: v. gr., cuando el deudor se obliga a no difundir por televisión, publicidad comercial de un producto durante los meses de julio y agosto por cuatro años.

¹³ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer”. En: Documentación Jurídica. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Gabinete de Documentos y Publicaciones 14. Madrid. 1977. p. 390.

que importan, respectivamente, “empezar a no hacer” (lo que significa que antes se venía haciendo, pero sin tener ello ninguna significación en el orden negocial) y “seguir no haciendo”.

También la abstención puede ser de ejecución diferida, cuando su eficacia se posterga a un momento posterior al nacimiento de la relación obligatoria. En este supuesto, cumplido el plazo suspensivo y correspondiendo iniciarse la ejecución de la abstención, dicha ejecución podrá ser instantánea o duradera, con los alcances desarrollados anteriormente.

¿Cabe o no que se plantee una situación de mora del deudor en las obligaciones con prestación negativa?

Corresponde distinguir cuidadosamente los casos. De antemano es preciso dejar sentado que no se trata de sostener que la mora es procedente en todas las hipótesis de obligaciones con prestación de no hacer. Sería equivocado generalizar conceptos y no formular distingos.

Si la prestación de no hacer consiste en una conducta omisiva instantánea, susceptible de agotarse en un solo acto, no puede haber duda alguna de que si el deudor hace lo que se obligó a no hacer estaremos ante un caso de incumplimiento. Aquí la mora estará definitivamente excluida.

En cambio, si se trata de prestaciones de ejecución continuada, corresponde distinguir dos casos: (i) que se trate de seguir con una situación de pasividad que preexistía a la relación obligatoria; (ii) que se refiera a suspender o interrumpir una situación de actividad que existía al tiempo de establecerse la relación obligatoria.

En el primer caso, si se trata de un “seguir no haciendo”, la ejecución del hecho que el deudor se obligó a no hacer constituirá un caso de incumplimiento o de cumplimiento parcial o defectuoso, según el supuesto de que se trate.

Una situación distinta a la descrita se presenta

tratándose de las abstenciones que consisten en un “empezar a no hacer”.

En tales hipótesis la mora si es factible en la medida, por supuesto, de que a pesar del retraso de iniciarse la abstención, la prestación resulte aún útil para satisfacer el interés del acreedor. En caso contrario, no habrá mora sino incumplimiento.

El ilustre maestro cordobés Luis Moisset de Espanés fue el primero que postuló de forma categórica la procedencia de la mora en el caso mencionado. Señala Moisset de Espanés que “lo curioso del caso es que esa categoría —en que la abstención prometida consiste en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a “no hacer” en el futuro— descuidada por los tratadistas al estudiar el problema de la mora en las obligaciones de no hacer, es la que más aplicación tiene en la práctica de los negocios jurídicos, ya que se suele incluir con gran frecuencia como “pacto de no concurrencia” al vender un negocio o empresa, mientras los ejemplos a que echa mano la doctrina, como no talar un árbol, o no concurrir a una fiesta, suelen ser más bien casos de gabinete, que no aparecen casi nunca en la vida normal de los negocios”¹⁴.

Su planteamiento ha sido seguido por distinguidos tratadistas que recogen el mismo concepto. Entre los europeos, baste citar a este respecto, a Luis Díez Picazo, el primer civilista español, quien sostiene:

“La tesis de que no cabe mora en las obligaciones negativas es indiscutible cuando el comportamiento debido, contemplado en el programa de prestación, es la continuación inmodificada de una situación ya existente al constituirse la relación obligatoria. En tales casos, si la situación continúa inmodificada, hay cumplimiento y si se modifica, no hay retraso, sino incumplimiento. Sin embargo, la situación no es la misma cuando el contenido de prestación es un *non facere* del deudor que debe comenzar en un determinado momento o producirse a partir de él”¹⁵.

Y más adelante agrega: “El problema ha

¹⁴ Ibid. p. 392.

¹⁵ DÍEZ PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Sexta edición. Tomo II. Las relaciones obligatorias. Thomson/Civitas. Rodona Industria Gráfica, SL. Pamplona. 2008. p. 666.

surgido sobre todo en relación con las obligaciones o pactos de no concurrencia que derivan de los negocios de cesión o de enajenación de una empresa, especialmente, en aquellos casos en que el cumplimiento del pacto de no concurrencia impone al deudor la obligación de trasladar su actividad fuera de la zona en la que el pacto rige. Si el deudor de esta obligación mantiene su actividad por un cierto período mínimo de tiempo, con la convicción de no causar con ello ningún perjuicio a los intereses del adquirente, parece posible, de acuerdo con la buena fe, pensar que en tales casos hay mora y no incumplimiento. Es cierto que en todos estos casos se puede replicar diciendo que son obligaciones negativas que van precedidas por una obligación que es positiva, como es la de poner fin totalmente o en una determinada zona a una actividad industrial o mercantil y que en casos como los descritos se puede producir mora de la obligación positiva accesoria de la principal negativa. Sin embargo, siempre resta la idea general de que cuando un *non facere* debe comenzar a partir de un determinado momento, el fenómeno de la continuación del *facere* anterior puede considerarse como simple retraso, si no está revestido de carácter definitivo y puede considerarse legítimo desde el punto de vista de la buena fe¹⁶.

El Código Civil de 1984, sin haber dedicado a la materia una norma que de manera explícita se pronuncie descartando, sin excepción alguna, la mora del deudor en las obligaciones con prestación negativa¹⁷, permite arribar a esa conclusión a partir de la exclusión que hace el artículo 1180 del segundo párrafo del artículo 1154.

El artículo 1180 del Código Civil hace de aplicación a las obligaciones con prestación

de no hacer determinados artículos referidos a las obligaciones de hacer. Entre ellos está el artículo 1154, respecto del cual se precisa que es de aplicación sólo su párrafo primero. No así su párrafo segundo en razón de que éste se ocupa de la imposibilidad sobreviniente de la prestación que se produce después de la constitución en mora del deudor. Tiene sentido que si se parte de que la mora está excluida por completo en las obligaciones con prestación negativa, dicho segundo párrafo no resulta pertinente hacerlo de aplicación a ellas.

La propuesta de reforma ha optado por un camino distinto, razón por la cual se plantea la supresión de la referencia al primer párrafo del artículo 1154 de modo que resulte aplicable el artículo completo. Por esa vía, implícitamente se estará admitiendo la procedencia de la mora en las obligaciones con prestación de no hacer, sin que ello suponga generalizar el concepto a todo tipo de prestaciones negativas. Será admisible ciertamente sólo en los casos de prestaciones de no hacer que supongan un “empezar a no hacer”.

C. La duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa

El Código vigente establece en su artículo 1171 que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa se la tiene por la segunda. La solución es concordante con la de los Códigos de Costa Rica (artículo 661), Guatemala (artículo 1346) y Bolivia (artículo 424) y tiene su antecedente en el artículo 1199 del Código de 1936. En la exposición de motivos del Libro V del indicado Código, Manuel Augusto Olaechea señaló que la solución estaba justificada, “porque la segunda forma obligacional es menos gravosa

¹⁶ *Ibidem*. No obstante, el planteamiento de Díez Picazo merece observarse en lo atinente a la buena fe del deudor que no es ni puede ser óbice para que se configure la mora en ese supuesto. Como manifiesta María José Ferrer de San-Segundo (FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José. “La obligación negativa”. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2001. p. 259), “Admitida la hipótesis de que, en los supuestos que señala, no puede la infracción calificarse como retraso aunque haya sido inobservada la obligación negativa, entendemos que no es a esos efectos relevante que el deudor haya realizado la actividad con la intención o no de causar perjuicio, ni su buena fe haría estructural o funcionalmente distinta la situación —convirtiéndose en retraso lo que de otro modo no se admitiría así— a la que se tendría si no hubiera presentado o acreditado buena fe. La buena fe del deudor tendrá indudablemente efectos al tiempo de cuantificar los daños exigibles por el retraso (artículo 1107 del Código Civil), pero no cualifica ni hace distinta la situación fáctica de retardo de modo que se admita la posibilidad de mora por la consideración de esta circunstancia y se rechace de no concurrir”.

¹⁷ En cambio, si lo hace el artículo 1222 del Código Civil italiano que establece lo siguiente: “Incumplimiento de obligaciones negativas. Las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer; todo hecho realizado en violación de éstas, constituye de por sí incumplimiento”.

para el deudor que la primera”¹⁸.

Alterini, López Cabana y Ameal, comentando el sentido del artículo 651 del Código argentino que es opuesto al del Código peruano, mencionan que “dicha solución ha sido criticada por Lafaille y Colmo, quienes sostienen que –de esa forma– el ordenamiento jurídico se aparta sin fundamentos valederos del principio que consagra el *favor debitoris*”. Y agregan que “por nuestra parte entendemos, como la mayoría de la doctrina nacional que –no obstante ello– el criterio legal es atinado, por cuanto la obligación facultativa establece una facultad excepcional en beneficio del deudor que, como tal, debe encontrarse claramente estipulada; y, en caso contrario, debe primar el principio de buena fe que indica que toda obligación se pacta para ser cumplida”¹⁹.

En mi opinión, además de las razones que invocan los autores citados, la regla que resuelve la duda tomando la obligación por alternativa tiene un sentido práctico que justifica plenamente sus alcances. En efecto, partiendo de la solución opuesta, en los términos que plantea el artículo 1171 del Código, ¿cómo identificar indubitadamente la prestación debida y la solutoria?

Este problema se agudizará todavía más si la duda se presenta a propósito de una relación obligatoria constituida por un número de prestaciones mayor de dos, lo que el propio Código no sólo no descarta sino que más bien presupone²⁰. En cambio, si la duda se esclarece en el sentido de que la obligación es alternativa no se suscitarán mayores inconvenientes. En este orden de ideas, el proyecto de reforma plantea la modificación del artículo 1171 estableciendo precisamente que la duda se resuelva considerándose que la obligación es alternativa.

En esa dirección, consagrada en primer lugar

en el Código de Chile (artículo 1507), obra de Andrés Bello, se pronuncian también los Códigos de Colombia (artículo 1564), Ecuador (artículo 1550), Paraguay (artículo 494), Uruguay (artículo 1359), El Salvador (artículo 1378), Nicaragua (artículo 1920) y, como se mencionó antes, el de Argentina (artículo 651).

D. Presunción de solidaridad pasiva.

En materia de obligaciones con pluralidad de sujetos, el artículo 1183 del Código Civil consagra como regla la no presunción de la solidaridad y agrega que sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

Inspirada también en el *favor debitoris*, no parece constituir ésta una solución que guarde correspondencia con la realidad del tráfico económico, particularmente cuando existe pluralidad de deudores. Adicionalmente, tampoco resulta coherente que el Código establezca como regla la anotada y en materia de fianza, para el caso concreto de la cofianza, considere como principio la solidaridad, según se deriva de lo establecido en el artículo 1886. Con mayor razón si el antecedente de este artículo lo constituye el artículo 1946 del Código Civil italiano, que a su turno presume la solidaridad en caso de pluralidad de deudores en su artículo 1294.

En opinión de Hernández Gil que comparto, “cuando entre varias personas existe una interdependencia y comunidad de intereses y en función de las mismas actúan en la vida del tráfico, cabe afirmar que el derecho debe dar entrada en sus formas normativas a esa situación; y reforzarla, antes que desarticularla. (...) La solidaridad se traduce en refuerzo y estímulo de la cohesión interna”²¹. Y añade: “Estas consideraciones cobran todavía mayor vigor si se piensa que la solidaridad –y nos referimos, claro es, a la solidaridad

¹⁸ OLAECHEA, Manuel Augusto. “Exposición de motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil”. Lima: Gil S.A. editores. 1936.

¹⁹ ALTERINI, CABANA y AMEAL. “Curso de obligaciones”. Tercera edición. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1989. p. 169.

²⁰ Es de advertir que la propuesta de reforma no sólo reafirma ello, sino que siguiendo al Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni –ABELED, Valerio. “Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino presentado a la Comisión encargada de redactarlo”. Volumen II. Buenos Aires. 1929. p. 117–, establece que “**el obligado a diversas prestaciones alternativas debe cumplir por completo sólo una o algunas de ellas**” (primer párrafo del artículo 1161). [El énfasis es agregado].

²¹ HERNANDEZ GIL, Antonio. “Derecho de obligaciones. Obras completas”. Tomo III. Madrid: Espasa-Calpe S.A. 1988. p. 406.

pasiva— desempeña una importante función de garantía. De las garantías personales, es la más fuerte y adecuada que puede encontrar el acreedor. Desde un punto de vista general y objetivo, otorga mayor seguridad al tráfico jurídico. Y todo ello redundará en hacer de ella un valioso instrumento de crédito. Por eso, en la esfera del comercio y del derecho mercantil, especialmente, puede decirse que resulta verdaderamente necesaria, mientras en la del derecho civil patrimonial, que afecta a relaciones económicas bien semejantes, es, por lo menos, muy conveniente”²².

Concluye Hernández Gil afirmando que “el principio de la no presunción de la solidaridad (...) no goza de muy sólida consistencia ni en el orden histórico, ni en el económico, ni en el del derecho comparado, sin que, por otra parte, se trate propiamente de un postulado del derecho natural que haya de mantenerse. Es muy clara y general la tendencia hacia su limitación y eliminación”²³.

En atención a lo expuesto, se propone como nueva redacción del artículo 1183 la siguiente:

“Se presume la solidaridad en toda obligación en que concurren dos o más deudores, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación.”

Entre acreedores habrá solidaridad sólo cuando la ley o el título de la obligación así lo determinen expresamente.”

E. Constitución en mora en la deuda y crédito solidarios

El texto vigente del artículo 1194 establece que la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto de los demás.

Sin perjuicio de la propuesta de modificación del inciso b) del segundo párrafo del artículo 1333, que es objeto de análisis posterior, resulta más congruente con el carácter solidario de deudores o acreedores, que impone asumir las consecuencias de todos los actos atribuibles a cualquiera de ellos, que la mora los afecte a todos.

Es evidente, y así lo señala expresamente el texto propuesto, que en tales casos, los acreedores o deudores que prueben su inculpabilidad podrán obtener el reembolso de lo que hubieran tenido que pagar por concepto de mora contra el o los culpables, así como a la indemnización correspondiente, si fuera el caso.

La regla general propuesta no regirá, por supuesto, si fueran distintos los plazos de vencimiento para acreedores o deudores. En otras palabras, si por ejemplo la deuda ya fuera exigible para uno de los deudores y respecto de ese deudor se configurara la mora, pero la obligación no hubiera vencido para los demás deudores solidarios, la constitución en mora afectará sólo al primero.

Por todo lo expuesto, en la propuesta de reforma del artículo 1194 se señala lo siguiente:

“La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios surte efecto respecto a los demás, salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible. El codeudor o coacreedor no culpable tiene derecho al reembolso de lo pagado por concepto de mora contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.”

F. Responsabilidad por incumplimiento en las obligaciones individuales y solidarias

En los artículos 1180 y 1195 del Código se regula este asunto confundiendo notoriamente lo que constituye el cumplimiento por equivalente pecuniario (*id quod interest*) y la indemnización de daños. Para superar esa confusión se propone unificar el tratamiento de la materia, estableciendo, para cada caso, lo siguiente:

“Artículo 1180.- Inejecución.

La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar los daños irrogados al acreedor. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización. El codeudor no culpable que pagó tiene

²² Ibid. p. 407.

²³ Ibídem.

derecho al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.”

“Artículo 1195.- Inejecución.

El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de pagar solidariamente la indemnización. El codeudor no culpable que pagó tiene derecho al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.”

G. Suspensión y renuncia de la prescripción en la deuda y crédito solidarios

Corrigiendo los errores de contenido de los artículos 1197, segundo párrafo, y 1198, que confunden repetición con subrogación y atribuyen efectos liberatorios a la prescripción, se propone los siguientes textos sustitutorios:

“Artículo 1197.- Suspensión de la prescripción.

2. Sin embargo, el deudor que pagó tiene derecho a dirigirse contra sus codeudores en vía de subrogación, aunque hubiera transcurrido el plazo de prescripción contra el acreedor. A su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación.”

“Artículo 1198.- Renuncia a la prescripción.

1. La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción no tiene derecho a reembolso contra los codeudores que se hubieran favorecido con la prescripción declarada.”

H. Cesión de derechos

1. Formalidad

El artículo 1207 vigente establece en su primer párrafo, a propósito de la formalidad de la cesión, que ésta debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

La imposición de la formalidad escrita bajo sanción de nulidad para la cesión constituye una exigencia que carece de justificación. El Código, en general, marca como pauta la flexibilidad en esa materia. No extraña por consiguiente que para contratos de tanta importancia como los de suministro (artículo 1605, primer párrafo), mutuo (artículo 1649), comodato (artículo 1730) y depósito (artículo 1816), se haya establecido como regla la de la libertad de formalidad y, en tal sentido, que la existencia y contenido de dichos contratos puedan probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley. No obstante, se hace prevalecer la formalidad escrita, de mediar ésta, en cuyo caso el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

En ese mismo sentido se propone la reforma del primer párrafo del artículo 1207:

“La existencia y contenido de la cesión pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiere celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.”

El segundo párrafo del artículo 1207 agrega que “cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión.”

Se ha propuesto la derogación de este párrafo en la medida que su aplicación es, cuando menos, dudosa. En efecto, cabe imaginarla limitada sólo a aquellos casos en que el documento que constituye el título del derecho de crédito se encuentra extendido “al portador”, esto es, de manera genérica, es decir, sin indicación específica de nombre alguno, caso en el cual efectivamente sería suficiente entregar el documento al cesionario para materializarse la cesión, sin la necesidad de acto de formalización adicional alguno, situación ésta absolutamente excepcional y más bien extraña en el orden práctico.

2. No cesión

El segundo párrafo del artículo 1210 indica que “el pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión, es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que constituye la cesión o se prueba que

el cesionario lo conocía al momento de la cesión”.

El Código incurre en un error al considerar como de buena fe al referido cesionario, no obstante constar en el instrumento constitutivo de la cesión la existencia del referido pacto o habiéndose probado que conocía dicho pacto al tiempo de formalizarse la cesión.

En uno y otro caso, como resulta notorio, el cesionario es de mala fe, por lo que la propuesta suprime la calificación contraria que equivocadamente emplea el texto legal referido, aclarándose así el sentido del artículo.

3. No liberación del deudor

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

Se ha propuesto suprimir en este texto el segundo de los casos que contempla, esto es, el del deudor que cumple la prestación respecto al cedente sin haber mediado su aceptación a la cesión, que no queda liberado frente al cesionario si se prueba que conocía que la cesión se había producido.

La razón que explica tal supresión es la siguiente: en principio, la eficacia de la cesión contra el deudor cedido depende exclusivamente de la comunicación fehaciente que se efectúe a dicho deudor conforme al artículo 1215. La aceptación del deudor, a la que también se refiere el artículo 1215, es necesaria sólo cuando media un pacto de no cesión (primer párrafo del artículo 1210).

Está claro que si bien el titular de un derecho respecto del cual se ha pactado la no cesión no está sometido a restricción alguna para cederlo, la eficacia de ese acto de cesión respecto del deudor está sujeta a que dicho deudor acepte, si así lo estima conveniente, lo que importará dejar sin efecto el pacto de no cesión previamente concertado.

Por consiguiente, si el deudor, conociendo de la existencia de la cesión —ya sea porque se le comunicó con el objeto de que prestara

su asentimiento a ella o por otro medio cualquiera—, ejecuta la prestación respecto de su acreedor, lo que está poniendo de manifiesto es su no aceptación a la cesión. Es evidente que el deudor no está obligado a prestar necesariamente su conformidad. El conocimiento de la cesión por parte del deudor, en este caso, es entonces absolutamente irrelevante y no corresponde penalizar al deudor en beneficio del cesionario. De lo expuesto resulta entonces que el pago que realizó en esas circunstancias a su acreedor fue perfectamente eficaz y extinguió la prestación a su cargo. El cesionario carece por completo de derecho alguno contra él.

I. Lugar del pago

Como lo hizo el Código Civil de 1936 (artículo 1250), el Código de 1984 ha establecido el domicilio del deudor como lugar del pago en su artículo 1238, dejando a salvo que las partes estipulen otra cosa o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso. De acuerdo con esa regla, el acreedor deberá acudir al domicilio del deudor a recibir el pago.

Es evidente que la ley ha señalado con carácter supletorio el domicilio del deudor como lugar del pago. Corresponde, en principio, a las propias partes determinarlo, pero en ausencia de dicho pacto y salvo que la ley, la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso impongan otra cosa, será el domicilio del deudor el lugar donde se efectuará el pago.

La solución legal tiene su fundamento en el *favor debitoris*. ¿Se justifica la regla, por ejemplo, tratándose de obligaciones con prestación de dar sumas de dinero? ¿No es más propio que en tales casos el deudor pague y no que le cobren la deuda? Lo primero —pagar— guarda mayor consonancia con el hecho de que compete al deudor la ejecución del deber de prestación y que de ello debe resultar que al deudor compete realizar cuanta actividad sea necesaria precisamente para materializar el cumplimiento. Pagar la deuda antes que esperar a que se la cobren, ¿no resulta lo natural?

No debe perderse de vista, en el orden práctico, que siendo el domicilio del deudor el lugar del pago, ante la falta de concurrencia del acreedor, a los efectos de constituirlo en mora por no prestar su colaboración para

la liberación del deudor (artículo 1338) y habilitar la posibilidad de una consignación, corresponderá al deudor probar la no comparecencia del acreedor, lo que puede entrañar serias dificultades para él.

En este orden de ideas, se propone la reforma del artículo 1238 en el sentido de establecer como regla que el lugar del pago es el domicilio del acreedor, dejándose a salvo el pacto distinto o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

J. Unificación del régimen de los intereses por mora en defecto de pacto

Actualmente esta materia se encuentra regulada por los artículos 1246 y 1324 del Código, diferenciándose el tratamiento según que se refiera a obligaciones con prestación no dineraria o a obligaciones con prestación dineraria, respectivamente. No hay en verdad justificación para esa regulación diversa, por lo que en el proyecto se propone su integración en su solo texto, suprimiéndose el artículo 1324 y manteniendo el artículo 1246 con la siguiente redacción:

“Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor está obligado a pagar por causa de mora el interés legal. Si antes de la mora se debían intereses, ellos continuarán devengándose después del día de la mora con la calidad de intereses por mora, sumados al interés legal.”

Adviértase que a diferencia de la regla actual, en defecto de pacto de intereses moratorios, en caso de venirse devengando intereses compensatorios (retributivos) antes de la mora, una vez configurada ésta continuarán corriendo —si bien con una naturaleza distinta, la de intereses por mora—, y sumados, además, al interés legal, con el propósito de ofrecer al acreedor un verdadero resarcimiento por la falta oportuna de pago por parte del deudor.

K. Imputación legal

En materia de imputación legal, tanto el Código Civil de 1936 (artículo 1267) como el de 1984 (artículo 1259) se refieren a la deuda “más antigua” entre los diversos supuestos de aplicación.

Ninguno de los dos Códigos precisó los alcances de esa expresión, dejando de esclarecerse si corresponde entender como tal a la que nació antes que otras o entre varias de plazo cumplido a la que venció primero. En la propuesta se opta por esta última, que pasa a sustituir la referencia a la “más antigua”, privilegiando así el concepto de la exigibilidad de la deuda por sobre el simple dato cronológico del nacimiento de la obligación. Debe tenerse presente que, para resultar aplicable ese supuesto, tendrá que haberse descartado necesariamente la procedencia de los anteriores que prevé el artículo 1259, esto es, en primer término, que hubiera una deuda menos garantizada que otras; y, en segundo lugar, entre varias deudas igualmente garantizadas, que alguna fuera más onerosa para el deudor. Sólo en caso de que hubiera varias deudas igualmente garantizadas y onerosas se aplicaría el pago a aquella con vencimiento antelado a las demás.

El texto propuesto es el siguiente:

“Artículo 1259.- Imputación legal.

No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la que venza primero. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.”

L. Dación en pago

Soy un convencido de la autonomía de esta figura, la que no puede ser confundida con la novación objetiva. En la dación en pago se crea, con asentimiento del acreedor y en beneficio del deudor, un nuevo medio de cumplimiento —que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer— en el marco de la misma obligación contraída, que no determinará la extinción de ella ni la liberación del deudor respecto de la prestación inicialmente debida hasta que la nueva prestación se ejecute. Ello explica que si, por ejemplo, la nueva prestación se torna imposible sin culpa de las partes antes de su ejecución, el acreedor se encontrará habilitado para exigir el cumplimiento de la prestación original.

Como explica Fernández Rodríguez²⁴, “cuando se conviene dar en pago de una obligación algo distinto de lo debido, surge la obligación de realizar la nueva prestación acordada: pero hay que examinar si la simple aparición de esta obligación da lugar a que la antigua obligación se extinga automáticamente al ser sustituida por aquélla. Para que así fuera sería necesario, conforme al artículo 1204 del Código Civil (español) —equivalente al artículo 1277, segundo párrafo, del Código peruano—, que las partes hiciesen una declaración terminante en este sentido o bien que la antigua y nueva obligación fuesen de todo incompatibles. Pero las partes, cuando deciden dar en pago algo distinto de lo debido, no se refieren en modo alguno a la novación ni quieren extinguir la anterior obligación sustituyéndola por una nueva, sino que tan sólo pretenden señalar un nuevo medio de extinción de la primitiva obligación. (...) La obligación de dar en pago algo distinto de lo debido no es incompatible con la primera obligación, sino que se inserta en ella, creando un nuevo medio de extinguirla, distinto del que fijaron las partes al determinar el contenido de la obligación. La nueva obligación, lejos de ser de todo punto incompatible con la antigua, presupone la existencia y subsistencia de ésta”.

Si las cosas no se conciben de esta manera, ¿cómo entender entonces el hecho de que el artículo 1900 del Código establezca que “queda liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción”? Si dación en pago y novación fueran lo mismo, la liberación del deudor no debería quedar sujeta a la ejecución efectiva de la prestación de entrega, sino que debería bastar para ello el simple hecho de la conformidad del acreedor a que en pago de la deuda le sea entregado un bien.

No se pierda de vista, además, que en la dación en pago se presenta una situación similar a la que se produce en las obligaciones con facultad de sustitución cuando el deudor decide hacer el pago con la prestación solutoria. En este tipo obligacional, el deudor tiene a su alcance un medio de cumplimiento distinto de la prestación debida que le permitirá liberarse de ésta. Una vez ejecutada

la prestación facultativa, la relación obligatoria se extinguirá. Pero sólo en ese momento.

En este sentido, a fin de aclarar sus alcances, se propone la modificación del artículo 1265 en los siguientes términos:

“Artículo 1265.- Concepto.

Si el acreedor consiente en que el deudor se libere ejecutando una prestación distinta de la debida, la obligación se extingue sólo cuando aquélla se cumple.”

M. Condonación

1. Existencia y eficacia

El texto vigente del artículo 1295 establece que “de cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero”.

Formulada en esos términos, la regla no contribuye ciertamente a aclarar debidamente la naturaleza jurídica de este medio de extinción de obligaciones. En efecto, da a entender que se trata de un acto bilateral cuando se refiere al “común acuerdo entre el acreedor y el deudor”. Omite así distinguir, de un lado, la existencia propiamente dicha de la remisión, para la cual se requiere únicamente la voluntad del acreedor, en tanto titular del derecho de crédito; y, del otro, su eficacia, que exige, sin duda, la aceptación del deudor, como en general corresponde respecto de todo acto de liberalidad.

En atención a ello, se establece en la propuesta lo siguiente:

“Artículo 1295.- Efectos.

- 1. La condonación de la deuda extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero.**
- 2. La condonación es eficaz sólo desde que es aceptada por el deudor. Entretanto, el acreedor puede retractarse de ella sin perjuicio del derecho de tercero.”**

²⁴ FERNANDEZ, Tomás. “Naturaleza jurídica de la dación en pago”. En: Anuario de Derecho Civil. Julio-Septiembre. 1957. pp. 771-772.

2. Condonación y pluralidad de garantes

El artículo 1296 contiene dos párrafos. El primero de ellos señala que “la condonación a uno de los garantes no extingue la obligación principal ni la de los demás garantes”. El segundo párrafo agrega que “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”.

Resulta importante advertir que el antecedente del primer párrafo es el artículo 1300 del Código Civil de 1936, ubicado en el título referido a la condonación, que indica que “la condonación hecha a uno de los fiadores, no extingue la obligación principal, ni la de los demás fiadores”.

A su turno, el antecedente del segundo párrafo es el artículo 1799 del mismo Código, ubicado en el título referido a la fianza, que señala lo siguiente: “la liberación consentida por el acreedor a uno de los fiadores sin asentimiento de los otros, aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado”²⁵.

Como es de verse, el artículo 1295 integró ambos artículos sustituyendo la expresión fiadores, que ambos utilizaban, por la de “garantes”.

No es objetable, como es evidente, salvo por su obviedad, establecer que la condonación a uno de los garantes o a algunos o a todos, en tanto que la garantía es accesorio, no origina la de la obligación principal. En ese sentido, la regla es correcta.

Pero el artículo yerra al regular la condonación a uno de los garantes. Son tres las objeciones que merece este artículo.

Una primera tiene que ver con el hecho de que el texto no distingue de qué clase son esos garantes, es decir, si son mancomunados

(de acuerdo con la terminología que emplea el Código) o solidarios.

Una segunda se origina en que el artículo omite precisar si la condonación es por el total o por una parte de la deuda de los garantes (casos en los cuales, de ser solidarios, los otros deberían quedar igualmente liberados total o parcialmente, respectivamente).

Una tercera se refiere a la circunstancia de que se plantee una distinción entre el caso en que se condona la deuda a uno de los garantes –sin esclarecer, como se ha dicho, si es por el todo o por una parte de la deuda–, sin asentimiento de los otros, a propósito del cual el artículo ofrece una solución: la de que los otros garantes se liberen por la parte del beneficiado (¿Y por qué no por el todo, si es que solidarios?); y el otro caso –sobre el cual guarda silencio, pero que deriva por natural oposición con el anterior–, el de la condonación de la deuda a uno de los garantes con asentimiento de los otros, caso éste al que no da solución y en el que pudiera suponerse simplistamente que la consecuencia es que los otros garantes se mantienen obligados por la integridad porque consintieron en la liberación del beneficiado con la remisión²⁶ (conclusión que discutiblemente podría ser correcta sólo si son solidarios, porque si son mancomunados –parciarios– la existencia o no de asentimiento carece por completo de importancia).

Se propone derogar este artículo en razón de que su texto, tratándose de garantes solidarios, como sería el caso de los cofiadores (solidarios por mandato del artículo 1886), es manifiestamente incompatible con lo establecido en los artículos 1188 y 1189 del Código. Tales normas diferencian los casos exclusivamente en función a si la condonación a favor de un deudor solidario comprende todo o parte de la deuda, prescindiendo por completo de prestar atención a si hay asentimiento o no de los demás.

²⁵ El antecedente del artículo 1799 del Código de 1936 fue el artículo 1850 del Código español que establece lo siguiente: “La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado”. El texto fue tomado del artículo 1764 del Proyecto de García Goyena (“Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español”. Tomo IV. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. 1852. p. 166).

²⁶ A este respecto, el artículo 1239 del Código Civil Italiano establece lo siguiente: “La remisión acordada a uno de los fiadores no libera a los otros sino por la parte del fiador. Sin embargo, si tales otros fiadores han consentido en la liberación, ellos quedan obligados por la integridad”.

El artículo 1296 también es incompatible con los alcances que corresponde atribuir a la deuda mancomunada, caso en el cual está totalmente descartada la posibilidad de que la condonación a uno de los garantes pueda beneficiar a los demás. En efecto, con arreglo al artículo 1173 del Código Civil, regla que es de aplicación a las obligaciones mancomunadas por mandato del artículo 1182, se reputa que las deudas son distintas e independientes unas de otras. Por tanto, los actos que benefician o perjudican a uno de los obligados mancomunadamente, producen efectos exclusivos y excluyentes para él, es decir, no trascienden ni pueden trascender en absoluto a los demás obligados.

Por tanto, el propósito de la derogación es que la materia quede regulada por las normas citadas, tanto tratándose de garantes solidarios como de garantes mancomunados.

N. Homologación de la transacción

Como es sabido, el Código Procesal Civil ha establecido como requisito de la transacción judicial el de su homologación por el juez que conoce de ella. Siendo la transacción un contrato, corresponde exclusivamente a las partes, sin interferencia de ningún tercero, incluyendo la autoridad judicial, decidir sobre la controversia originada entre ellas. Se afecta el derecho de defensa de las partes en el caso de que un juez decida la no homologación de una transacción, lo que importa en el fondo considerarla inválida, sin mediar un proceso judicial distinto en el que se ventile dicha alegación y donde las partes puedan manifestar sus puntos de vista acerca de ello, se actúen las pruebas correspondientes, etc. De allí que el proyecto de reforma establezca, con toda claridad, que la homologación judicial no es requisito para que la transacción tenga valor de cosa juzgada y cause ejecutoria.

O. Mora

Paso ahora a referirme a un asunto vinculado con la mora del deudor. Sobre el particular, habría que decir que es severamente objetable la solución del Código que establece como regla la necesidad de la intimación por

el acreedor para quedar configurada la mora del deudor, particularmente en el caso de que exista establecido expresamente un plazo suspensivo para el cumplimiento.

En efecto, si se ha fijado uno, es lógico suponer que se ha previsto por alguna razón y que su determinación no es casual. No es razonable asumir en ese caso que si el acreedor no reclama el pago a su vencimiento, cuando la prestación ya es exigible para el deudor, demuestra con ello que el retraso no lo afecta. Esto es lo que sostienen los partidarios de la mora *ex personae*. ¿Es que puede llevarse el *favor debitoris* a tales extremos?

Ya Freitas, cuestionando la fórmula del *dies non interpellat pro homine* aplicable a las obligaciones con plazo de vencimiento, comentando el texto del artículo 1071, inciso 1, del Esbozo, sostenía: “observo en esto una corruptela, un triunfo de la chicana de los deudores, un contrasentido y una injusticia. Por más que este abuso se haya inveterado, no tememos afrontarlo, ni perderemos la ocasión para iniciar su extirpación. La designación de un plazo en el título del crédito enuncia, para el buen sentido de todos los hombres, la formal intención del acreedor de recibir lo que se le debe, en el día del vencimiento del plazo. Y si esa intención se ha manifestado tan claramente, ¿cómo se la puede rehusar, cómo exigir aún una segunda e inútil manifestación de voluntad por la formalidad de una interpe-lación (...)? ¿Se podrá presumir o suponer que el acreedor no considera en falta al deudor o que el deudor no demora el pago, cuando ya se sabe que la deuda debía ser pagada en un día señalado y que hubo por consiguiente una falta? Y termina diciendo: “¡Es inexplicable que se exija una interpe-lación (...) para el caso opuesto en que las partes han sido previsoras y en que nadie puede dudar de su intención! ¿No importará esto reducir todas las obligaciones a obligaciones sin plazo? ¿No será prohibir indirectamente que haya estipulación de plazos?”²⁷

En efecto, la obligación nace para ser cumplida, no para que el acreedor deba verse sometido a exigir su cumplimiento y menos todavía en las obligaciones a plazo. Si se ha fijado un plazo para el cumplimiento es

²⁷ “Código Civil. Proyecto de A. J. (sic) de Freitas”. Traducido al castellano por Arturo Pons. Buenos Aires: Imprenta El Hogar y la Escuela. 1900. pp. 456-457.

para que el deudor ejecute su prestación de manera espontánea una vez vencido.

Debe ser suficiente su retraso en el cumplimiento para que transcurrido aquél quede constituido en mora, sin necesidad de interpelación alguna. Por todo ello, se plantea la reforma del artículo 1333 con el objeto de establecer que habrá constitución automática en mora del deudor cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que operará por su solo vencimiento. En tal sentido, se sustituye el inciso b) del segundo párrafo del artículo 1333 en los términos siguientes:

“2. No es necesaria la intimación para que la mora exista:

(...)

b) Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que opera por su solo vencimiento.”

Por lo demás, esa es la solución del artículo 63, inciso 1, del Código de Comercio peruano de 1902, todavía vigente en ese extremo.

P. Pena obligacional²⁸

El último tema que abordaré es el referido a la pena obligacional.

A propósito de esta materia, es notorio que la mayoría de códigos se inclina por el sistema de mutabilidad de la pena o por sistemas mixtos que incluyen la posibilidad de reducirla.

A mi entender, el régimen vigente en el Perú no equilibra armoniosamente los intereses del acreedor y del deudor. Se autoriza la reducción de la pena en caso de ser manifiestamente

excesiva pero no su aumento, nuevamente sobre la base de la regla del *favor debitoris*. Es cierto que se contempla la denominada indemnización del daño ulterior, que en alguna medida atempera el problema, pero para pretenderla es indispensable el pacto previo y, por supuesto, la prueba posterior de los daños adicionales a cargo del acreedor. En otras palabras, si el acreedor no cuida en convenirla, no podrá exigir un mayor monto a título indemnizatorio, no obstante haber sufrido mayores daños.

El sistema de la mutabilidad absoluta al que me adhiero, es cuestionado severamente, pues se considera que el hecho de autorizarse el aumento o reducción de la pena, a solicitud del acreedor o deudor, respectivamente, “parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba. Si la cláusula penal se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en la mayoría de los casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto. Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes – con la misma libertad con la que concertaron la obligación, cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal– por un juicio complejo y costoso en que se objeta el valor de ese pacto. Pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía”²⁹.

Es exacto que la pena cumple una función

²⁸ Esta expresión resulta más adecuada que referirse a la “cláusula penal” o a la “obligación con cláusula penal”. Como es sabido, la “cláusula penal” puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior a ella, en forma separada, si bien con vinculación directa con la obligación principal. En ese último caso, hablar de “cláusula penal” resulta incorrecto.

En cuanto a la otra expresión nombrada –“obligación con cláusula penal”–, ella hace referencia propiamente a aquella obligación cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena.

La denominación “pena obligacional”, en cambio, estará referida al mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (*o un tercero, según algunos autores y legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos –por ejemplo, cuando se contempla para cubrir el supuesto de que no colabore injustificadamente con el deudor para que éste pueda ejecutar la prestación a su cargo–*) debe ejecutar (*a favor del acreedor, de un tercero o de un deudor –cuando se establece para el caso de que el acreedor contravenga el deber de colaboración–*), de producirse la inejecución total o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal por causas imputables a él.

²⁹ OSTERLING, Felipe. Op. cit. p. 20.

En idénticos términos se expresan Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre en: OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de Obligaciones”. Cuarta Parte. Tomo XIV. Vol. XVI. Lima: Pontificia Universidad Católica. Fondo Editorial. 2003. p. 2405; así como en OSTERLING, Felipe “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Lima: Palestra Editores. 2008. pp. 961-962).

indemnizatoria. Empero, antes que hacer primar la pureza conceptual de una institución que, como resultado de una aplicación inflexible en el marco de la inmutabilidad absoluta, puede conducir a que se consumen abusos, debe tomarse partido por la justicia y la solidaridad y optar por la solución de la mutabilidad total de la pena, admitiendo, por consiguiente, tanto su aumento como su disminución, a pedido de parte. En este orden de ideas, la carga de la prueba recaerá necesariamente sobre quien solicite el reajuste, es decir, el acreedor, para lograr el incremento, o el deudor, para obtener la reducción.

A este respecto, participo de la opinión de Gino Gorla, cuando señala que “la sanción en su determinación y en su aplicación, da lugar (...) a un problema de proporción o de justicia; incluso puede decirse que la justicia constituye la esencia misma de la sanción. De forma que cuando ésta, de manera directa o indirecta, se haya establecido convencionalmente, habrá que tener en cuenta el hecho de que ha sido establecida o aceptada por la libre voluntad de las partes, especialmente del promitente; pero sin llevar esta consideración hasta tal punto que haya que respetar totalmente una sanción convencional que, por su carácter excesivo o por la enorme desproporción en el momento de la aplicación, choque con las más elementales exigencias de la justicia”³⁰.

En razón de las mismas consideraciones, *mutatis mutandi*, se justifica plenamente la procedencia del aumento de la pena cuando fuese diminuta.

Debe observarse que la reducción o el aumento ha de proceder sólo en la medida en que exista una ostensible diferencia entre la cuantía de la pena y los daños irrogados. No ha de bastar entonces la mera diferencia. Nótese a este respecto que los Códigos que contemplan la reducción o el aumento de la pena o ambos suelen exigir para ello la existencia de un “monto desproporcionado”

(Código argentino, artículo 656, segundo párrafo), que la pena sea “manifiestamente excesiva o diminuta” (Código francés, artículo 1152, segundo párrafo), “manifiestamente excesiva” (Código paraguayo, artículo 459) o “extraordinariamente alta” (Código alemán, artículo 343, primer párrafo).

A la fecha, son pocos los Códigos que mantienen la tesis de la inmutabilidad absoluta de la pena, esto es, que niegan la posibilidad de modificación de la pena, aun cuando resulte manifiestamente diminuta o excesiva. Se trata de una posición en franca retirada. Es notorio que la mayoría de Códigos se inclina por la mutabilidad de la pena o por sistemas mixtos que incluyen la posibilidad de reducirla.

Algunos Códigos han intentado una solución distinta a la vigente hoy en Francia que, conforme al artículo 1152, según el texto introducido por la Ley 75-597 de 9 de julio de 1975, autoriza tanto el aumento como la disminución de la pena.

Así, el derogado Código del Brasil de 1916 establecía en su artículo 920 que “el valor de la conminación impuesta en la cláusula penal no puede exceder el de la obligación principal”.

La regla ha sido reproducida por el Código Civil brasileño de 2002 en su artículo 412.

En mi opinión, el establecimiento de límites máximos legales para la pena obligacional no resulta aconsejable, pues de ese modo pierde su carácter de compulsoriedad, dado que no incita al deudor a cumplir, y también se ve frustrada su función indemnizatoria, en razón de que no necesariamente cubrirá los daños que efectivamente haya sufrido el acreedor en exceso del valor de la prestación debida, si este fuera, como lo es en Brasil, el límite legalmente establecido, salvo, por supuesto, que se hubiera pactado la indemnización del daño ulterior y el acreedor probara los mayores daños irrogados³¹.

³⁰ GORLA, Gino. “El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico”. Traducción y notas de comparación y adaptación al derecho español por José Ferrandis Vilella. Tomo I. Bosch. Casa Editorial Barcelona. 1959. pp. 299-300.

³¹ El párrafo único del artículo 416 del Código del Brasil de 2002 prevé la procedencia del pacto de indemnización del daño ulterior en los siguientes términos: “Aun cuando el perjuicio exceda lo previsto en la cláusula penal, el acreedor no puede exigir indemnización suplementaria si así no fue pactado. En ese caso, la pena vale como mínimo de indemnización, correspondiendo al acreedor probar el perjuicio excedente”.

Por lo demás, como ha expresado Jorge Peirano Facio³², “en función de este límite y aun cuando en principio no debe admitirse la intervención judicial respecto de la determinación del quantum de la pena, los jueces pueden intervenir en éste, reduciendo las penas que están por encima del límite dado y, en ciertos casos, apreciando cuál sea ese límite”.

Como es de verse, aun en el sistema del límite legal, no es posible sustraerse a la eventualidad de que se promueva un proceso judicial en el que se discutan los alcances de la pena³³.

Otro problema se suscita cuando no puede determinarse claramente el valor de la prestación principal cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena, y por ello no resulta sencillo definir con certeza y confiabilidad si ésta se encuentra o no encuadrada dentro del límite legal, lo que puede ocurrir, por ejemplo, en las relaciones obligatorias con prestación unilateral (donación o suministro gratuito, por ejemplo) o en las relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas en que las prestaciones no tienen por objeto una suma de dinero (permuta, por ejemplo).

Los problemas se acrecientan si aun tratándose de una obligación con prestaciones recíprocas en que una de las prestaciones tiene por objeto una cantidad de dinero (compraventa, locación de servicios, obra, por ejemplo), la pena está constituida por una prestación de dar un bien cierto o por una de hacer o no hacer.

Producido el incumplimiento total, ¿puede

descartarse acaso que en esos supuestos el deudor no podrá cuestionar la pena alegando que es excesiva dada la fragilidad de los cálculos efectuados para su fijación? Definitivamente ello no será posible, siendo entonces inevitable someterse al arbitrio judicial, que es lo que teóricamente se deseaba evitar. Como consecuencia de ello, puede incluso llegar a comprobarse que la pena es diminuta, incluso de manera chocante, no obstante lo cual no procederá su aumento.

En este orden de ideas, resultan plenamente fundadas las objeciones que formuló Continentino³⁴, al comentar el artículo 920 del Código brasileño de 1916: “Resulta de este dispositivo que para ser aplicable la pena, se hace indispensable estimar previamente su valor, a fin de determinar si ella sobrepasa la obligación principal. Tal evaluación, sin una base cierta, resultante de cálculos en función de una precariedad notoria, cuya solución puede ser inevitablemente arbitraria, además de suprimir una de las ventajas de la pena, cual es la fijación previa extrajudicial de la indemnización, dificulta en vez de simplificar el proceso de liquidación de las pérdidas y daños”.

Ponderando las distintas opciones que ofrece la cuestión, se opta en el proyecto por autorizar al juez, a solicitud del deudor o del acreedor, respectivamente, a reducir o aumentar equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o diminuta, siendo nulo todo pacto en contrario. En concordancia con ello, se suprime la indemnización del daño ulterior.

Sin perjuicio de lo expresado, no puedo

El Código brasileño derogado de 1916 no contenía una regla semejante.

³² PEIRANO, Jorge. “La cláusula penal”. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis. 1982. p. 238.

³³ Precisamente a este respecto, debe advertirse que, a diferencia del Código de 1916, el Código brasileño de 2002 ha previsto además en su artículo 413 lo siguiente:

“La penalidad debe ser reducida equitativamente por el juez si la obligación principal hubiera sido cumplida en parte o si el monto de la penalidad fuera manifiestamente excesivo, teniéndose en cuenta la naturaleza y finalidad del negocio”.

El Código de 1916 contempló en su artículo 924 únicamente la reducción de la pena cuando mediara un cumplimiento parcial:

“Cuando se cumpla en parte la obligación el juez podrá reducir proporcionalmente la pena estipulada para el caso de mora o de incumplimiento”.

No es coherente que el Código de 2002 contemple la posibilidad de reducir la pena cuando su monto fuese “manifiestamente excesivo”, si se tiene en cuenta la limitación taxativa impuesta por el artículo 412.

En efecto, si el valor de la prestación de la pena estipulada no puede exceder al de la obligación principal, conforme a lo establecido en dicho artículo, todo exceso, sin excepción, debería considerarse inválido y eso es lo que correspondería que declare el juez, quien debería proceder a ajustar la pena a dicho límite.

³⁴ BARANDIARÁN, José León. “Comentarios al Código Civil Peruano, Derecho de Obligaciones”. Tomo II. Lima: Librería e Imprenta Gil S.A. 1939. p. 139.

dejar de preguntarme si no tiene razón Paludi cuando señala “si, en realidad, no nos encontramos ante una figura jurídica que ha perdido vigencia y que respondía más a los fines de un derecho más acorde con otras épocas que a los de un derecho más actualizado. (...) Una concepción individualista y con fuerte preponderancia del principio de la “autonomía de la voluntad”, es lógico que nutra el contenido de las reglas que gobiernan una sociedad de neto corte individualista, pero esa concepción plasmada en normas jurídicas no va a servir de igual forma para regir una sociedad basada en otras formas de vida que protegen mucho más los intereses colectivos que los individuales ya que, poco a poco, se verá superada por esas pautas sociales que marcan

un rumbo diferente del sistema jurídico. (...) De tal manera entonces las figuras jurídicas que fueron inspiradas en órdenes sociales diferentes y que respondían a necesidades en otras épocas, van a verse desubicadas con la realidad social nueva y van a necesitar, en algunos casos, un reacondicionamiento, una reforma que les permita seguir siendo útiles a los fines perseguidos por una sociedad que se mueve con pautas diferentes; y en otros, no alcanzará ese reacondicionamiento y deberán ser eliminadas porque de lo contrario caerán en el “desuetudo”. (...) Esto es lo que ocurre con la cláusula penal y su inmutabilidad. Al quitársele este último efecto, y tratar de reacondicionarla o adaptarla a una sociedad con valores diferentes, pierde toda su eficacia y carece de sentido jurídico su utilización”³⁵.

³⁵ PALUDI, Osvaldo. “Replanteo de la función de la cláusula penal”. En: Derecho laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia y legislación sobre trabajo y seguridad social 11. Año XII, noviembre 1970. Buenos Aires. p. 584.