

COMENTARIOS AL NUEVO PROYECTO DE REFORMA DEL LIBRO DE DERECHO DE OBLIGACIONES DEL CÓDIGO CIVIL

Felipe Osterling Parodi*

Mario Castillo Freyre**

En materia de obligaciones, el Proyecto de Reforma del Código Civil ha tenido el propósito de ajustar el contenido de determinadas reglas en función a las necesidades del tráfico y equilibrio jurídico; sin embargo, ¿es realmente necesario realizar esta reforma? Las pocas felices experiencias que nos ha dejado la aplicación del Libro de Obligaciones del Código Civil nos harían creer que esta reforma es urgente; sin embargo, esta opinión no es compartida por todos los académicos.

En el presente artículo, a través de un análisis exegético artículo por artículo, los autores realizan una dura crítica al Libro de Obligaciones del Proyecto de Reforma del Código Civil. Se cuestiona la necesidad y utilidad de que se realice una reforma en este campo.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho por la Universidad de Nueva York. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP. Socio Principal del Estudio Osterling S.C. Ex Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición, fue ponente del Libro VI sobre Obligaciones. Ministro de Estado en la cartera de Justicia. Senador y Presidente del Senado y del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho y actual académico de número. Autor de numerosas obras y artículos de Derecho.

** Abogado. Magíster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de obligaciones y contratos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje y Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.
Los autores agradecen la valiosa colaboración de la doctora Verónica Rosas Berastain y del señor Jhoel Chipana Catalán.

I. GENERALIDADES

Todo proceso de reforma legislativa debería obedecer a imperiosas necesidades que surjan en una sociedad. De este modo, el legislador tiene la tarea de acoger, analizar y encausar a través de una fórmula legal esa urgencia. Demás está decir que es evidente que todo cambio debe tener una causa que sea directamente proporcional con la magnitud de la modificación. Así, a mayores necesidades, mayores deberían ser los cambios que tendrían que producirse, y viceversa.

De este modo, y cuando ya se detectó la necesidad de que el legislador deba modificar una ley (nótese que todo es un proceso, y éste, el de analizar la necesidad de una reforma legislativa, es sólo una parte de él), esa reforma, a su vez, debería transitar obligatoriamente por otra etapa: la elaboración de la nueva norma.

De esta forma, la segunda fase del proceso tiene una serie de etapas que se fundamentan en los mandatos de la Constitución, y que deben ser supervisadas por las instancias pertinentes (sea el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo quien emita la norma).

Tradicionalmente, toda reforma legislativa, en lo que respecta a los códigos más importantes, se inicia con la propuesta de alguna comisión reformadora que luego es analizada por una comisión revisora, que da una opinión final al órgano pertinente. Tratándose de cuerpos legislativos de gran importancia (como el Código Civil o el Código Penal, entre otros), el proceso es muy delicado.

Sin embargo, llama poderosamente la atención que el actual Proyecto de Reforma no haya respetado este orden lógico.

Así, la denominada Comisión Reformadora, que fue creada por Ley 26394, de fecha 22 de noviembre de 1994, concluyó sus funciones en el año 2006, cuando presentó al Poder

Ejecutivo su proyecto¹ y sobre este proyecto el propio Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la República el otorgamiento de facultades legislativas para su promulgación². El Congreso, en ese entonces, no concedió dichas facultades y decidió, por Ley 28776, de fecha 6 de julio de 2006, nombrar una Comisión Revisora (la cual, en su etapa final, estuvo integrada por uno de los coautores de este trabajo, Mario Castillo Freyre), la misma que tuvo por objeto analizar las propuestas realizadas por la ya fenecida Comisión Reformadora. Cabe señalar que el trabajo final de la Comisión Revisora fue entregado a la Comisión de Justicia del Congreso de la República con fecha 24 de marzo de 2011.

Empero, ingrata sorpresa nos dimos cuando en julio de este año se dio a conocer, un nuevo Proyecto de Reforma al Libro de Derecho de las Obligaciones realizado, nada más y nada menos, por la misma Comisión que ya había concluido sus funciones en el año 2006. Surge aquí la interrogante en el sentido de si esta pseudo "Comisión" posee realmente las facultades y atribuciones para actuar como lo hizo. ¿No se supone que debe ser el Congreso de la República quien, teniendo en cuenta el trabajo realizado por la Comisión Reformadora y la Comisión Revisora, debe dar a conocer el resultado del trabajo final de este proceso? ¿Estamos acaso ante un ilegal Proyecto de Reforma?

Resulta muy preocupante que se quiera promover una reforma de tal envergadura, desconociendo la ley y las etapas naturales que un proceso de esta naturaleza posee. Ya desde su génesis, esta empresa adolece de vicios y dudas que, como veremos más adelante, no hacen sino confirmar que su realización es completamente innecesaria.

Ahora bien, como ya se dijo, en julio del año 2011 la referida "Comisión" aprobó un nuevo Proyecto de Reforma al Libro de Obligaciones del Código Civil de 1984. Éste constituye un nuevo intento (otro más) que, luego de aquel

¹ Este proyecto proponía modificar, en lo que respecta al Derecho de Obligaciones, solamente los artículos 1183, 1194, 1207, 1209, 1210, 1216, 1296, 1302, 1322 y 1333.

² La Constitución Política del Perú establece, en su artículo 104, lo siguiente:
"Artículo 104.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo".

infructuoso Proyecto de Reforma del año 2006, pretende modificar el contenido de nuestro Código Civil³.

A casi veintisiete años de vigencia de este cuerpo normativo, aún existe un casi desapercibido, minúsculo –pero influyente– movimiento de reforma, que considera que el Código Civil ya no puede enfrentar los retos que presenta la sociedad contemporánea. Se debe recordar que esta errónea tendencia se inició poco tiempo después de su promulgación, con la finalidad de corregir algunas pocas imperfecciones. Sin embargo, no han faltado ni faltan voces que proclaman –a nuestro juicio con muy poca consistencia– la idea de modificar sustancialmente el Código Civil.

Así pues, dentro de todo movimiento de reforma, el Libro de las Obligaciones tiene una importancia gravitante, y es que los lineamientos que se adopten sobre él irradiarán a todo el cuerpo legislativo. Sobre este punto consideramos relevante hacer referencia a la experiencia alemana. Como se sabe, el 1 de enero de 2002 entró en vigor la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del Código Civil alemán.

Cabe destacar, como lo hace uno de los coautores de este estudio, Felipe Osterling Parodi, que el Libro II del B.G.B. alemán –que trata sobre este tema–, había superado, prácticamente, un siglo de vigencia sin cambios. Luego de múltiples debates y no pocas oposiciones de juristas altamente representativos en Alemania y en Europa, se aprobó la Ley de Reforma, cuyo principal objetivo fue implementar las propuestas de modificación de ciertas partes centrales del Derecho de Obligaciones en el Código, formuladas durante la década de 1980.

Sin embargo, debemos subrayar que la reforma alemana no se produjo con la primera corriente que intentó modificar el Código, sino que ella se verificó más de cien años después de su promulgación.

Por otra parte, la modernización del Derecho de Obligaciones alemán tiene mucho de codificación del Derecho Privado de creación judicial. En efecto, el Código Civil alemán, durante su vigencia por más de un siglo, ha sido depurado y evaluado a través de fallos judiciales que, sólo después de un sólido convencimiento de reforma, permitieron proponer la Ley de Modernización de la que ahora damos cuenta.

Por estas consideraciones, y teniendo siempre presente la reciente experiencia alemana, somos de la opinión de que la trascendencia del Código Civil en nuestra sociedad, justifica que cualquier modificación importante se evalúe con la mayor ponderación y sin apresuramiento alguno.

II. LA “PRESENTACIÓN” DEL NUEVO PROYECTO DE REFORMAS DEL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL, ELABORADO POR LA YA FENECIDA COMISIÓN REFORMADORA

Antes de analizar el articulado que compone la nueva propuesta de modificación al Libro de las Obligaciones de nuestro Código Civil, formulada por la autodenominada “Comisión Reformadora”, creemos que resulta importante comentar la “presentación” que le precede debido a que, a manera de exposición de motivos, se expresan algunas ideas que no se deben dejar pasar para entender a cabalidad la razón de ser de este nuevo intento de reforma.

Así, dicho texto establece que: “Debe señalarse que la reforma que se propone en materia de Obligaciones se circunscribe a aquéllos aspectos cuya modificación o supresión se ha considerado absolutamente indispensable. El propósito ha sido ajustar el contenido de determinadas reglas respecto de las cuales se ha advertido que su sentido no resulta el más recomendable atendiendo a las necesidades del tráfico y del equilibrio contractual”.

³ Ya en anteriores oportunidades, uno de los coautores de este artículo, Mario Castillo Freyre, se pronunció sobre el particular en diversos estudios, escritos con la participación de Verónica Rosas Berastain (CASTILLO, Mario. “Ni urgente ni necesario; más bien defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984”. Lima: Palestra Editores. 2005; y, CASTILLO, Mario. “Por qué no se debe reformar el Código Civil”. Lima: Palestra Editores, Cátedra Garrigues y Estudio Mario Castillo Freyre. 2007). Asimismo, Castillo Freyre, junto a Rita Sabroso Minaya, escribió: CASTILLO, Mario. “La teoría de los actos propios”. Lima: Palestra Editores. 2006.

Sobre este punto cabe señalar que, tal como veremos al analizar artículo por artículo, la mayoría de las reformas propuestas carecen de esa (y de cualquier otra) urgencia y no resultan, en absoluto, indispensables. Por otro lado, la afirmación de que dichos cambios se ajustan más a las necesidades del tráfico y equilibrio contractual, carece de un análisis y estudio de campo que la confirme. Como es evidente, se sabe que en todo Proyecto de Ley, aparte de la respectiva “Exposición de motivos”, la propuesta debe estar acompañada por un riguroso “análisis costo-beneficio”. En el proyecto bajo estudio dicho análisis simplemente no existe. No se observa, pues, la presencia de cuadros comparativos, estudios econométricos, datos estadísticos, análisis de impacto social, entre otros, que demuestren que las normas, tal cual se encuentran concebidas hoy, tengan una incidencia negativa en el engranaje cuyo objeto es administrar justicia. Es más, tampoco se demuestra que la propuesta vaya a tener una repercusión positiva en nuestra sociedad. Como ya se demostrará, este proyecto tiene su génesis en respetables posiciones doctrinales de quienes lo han elaborado, pero éstas no obedecen —en lo absoluto— a una imperiosa necesidad de modificar el contenido de normas que, no se ha demostrado, vulneren los derechos de los ciudadanos.

Por otro lado, se señala que “[n]o se justifica que diversas soluciones legislativas en materia de obligaciones en el Código Civil de 1984 tengan como sustento únicamente la regla del *favor debitoris*”.

Sobre este punto, lamentamos el hecho de que quienes elaboraron este Proyecto de Reforma desconozcan que existen *diversas* soluciones que siguen la regla del *favor debitoris*, pero también existen muchas otras normas que se inspiran en la corriente del *favor creditoris*.

Creemos que nuestro Código Civil guarda armonía en la concepción de ambas reglas y existe un equilibrio entre ellas pues, de la lectura de su articulado, no se desprende la existencia de una corriente que se pronuncie únicamente por la regla del *favor debitoris*.

De esta forma, el Proyecto de Reforma hace referencia a que el contenido de los artículos 1143, 1171, 1183, 1238, 1333 y 1346 del

Código Civil obedece a una tendencia innecesaria e injusta que favorece al deudor; visión parcial e ignorante de la realidad del código, sobre la que nos ocuparemos posteriormente.

Sin perjuicio de lo señalado, debemos hacer la salvedad en el sentido de que un buen porcentaje de las propuestas realizadas por el proyecto ya habían sido concebidas por los autores de este ensayo hace más de diecisiete años. Si bien es cierto, esas propuestas fueron fruto de nuestras tentaciones académicas, queremos reafirmarnos en el hecho de que las mismas constituyen, por nuestra parte, meros ejercicios académicos que no tenían el ánimo de convertirse en norma legal.

Por último, cabe hacer mención a las sumillas que el Proyecto de Reforma también propone. Como se sabe, el texto original del Código Civil de 1984 no las contenía, de manera que pese al acierto o no de su formulación (que será analizado cuando se estudie cada artículo), de aceptarse la actual propuesta modificatoria, sin duda se crearía una disparidad y el texto del Código Civil se vería desmejorado, ya que algunos artículos tendrían sumillas oficiales y otros no, con lo que en muchos casos la sumilla agregada no guardaría concordancia con el contenido de cada artículo.

III. EL PRINCIPIO *FAVOR DEBITORIS* EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Habitualmente se entiende por *favor debitoris* aquel principio en virtud del cual, cuando la ley debe tomar una decisión que favorezca al deudor o al acreedor, opta por el primero de ellos.

En ese sentido, muchas veces se habla acerca del principio *favor debitoris*, pero se desconocen sus reales alcances y motivaciones.

Dentro de tal orden de ideas, teniendo en cuenta que el Proyecto de Reforma desea cambiar esta regla que siempre ha sido acogida por nuestra tradición jurídica, creemos necesario, antes de iniciar el análisis exegético del proyecto, establecer cuáles son los contornos de dicho principio y si su aplicación práctica se justifica en nuestra legislación civil.

A. *Favor debitoris* o *favor creditoris*

Una primera interrogante que se puede

formular al abordar este tema, es la relativa a la frecuencia del empleo del principio *favor debitoris*.

En verdad, la respuesta es algo compleja, pues si bien se emplea a menudo este principio en el Código Civil peruano, también es cierto que con frecuencia el código adopta el principio contrario, es decir, el *favor creditoris*.

En buena cuenta, el empleo de estos principios se produce en aquellas circunstancias o supuestos de hecho en los que el legislador debe adoptar una norma y tiene que asignar una consecuencia, deber, carga o prestación a una de las partes de la relación obligatoria.

Como demostraremos, la aplicación de estos principios no constituye una situación excepcional, sino una regla general dentro de la legislación civil peruana, y la misma deviene en natural y no arbitraria, dada la naturaleza de cada una de las figuras e instituciones jurídicas en las que se aplica.

Pretendemos demostrar que no existe, como se ha sostenido indebidamente, una aplicación indiscriminada del *favor debitoris*, pues tantas normas aplican este principio, como preceptos recogen el *favor creditoris*, que es precisamente el principio opuesto, vale decir, aquél en el que se favorece al acreedor y no al deudor. De este modo, resulta falso lo señalado en la presentación del Proyecto de Reforma, en el sentido de que el principio del *favor debitoris* inspire y se encuentre por todo el Código Civil.

En adelante, analizaremos los diversos supuestos en los que el Código Civil peruano de 1984 aplica ambos principios, de manera balanceada, así como el sustento de esa aplicación.

B. Supuestos de *favor debitoris* o *favor creditoris*

1. La teoría del riesgo

El primer caso en el cual el Código Civil peruano tiene que optar entre asignar una consecuencia gravosa al deudor o al acreedor, lo encontramos en los incisos 5 y 6 del artículo 1138, cuando se regula los supuestos de pérdida y deterioro del bien cierto, que se ha obligado a entregar el deudor al acreedor, sin que medie culpa de las partes.

En estos casos, la consecuencia por la que opta el Código Civil, es por hacer perder al deudor de ese bien, la contraprestación que le debía el acreedor.

En otras palabras, si el deudor estaba obligado a entregar el día de mañana su automóvil al acreedor, porque se lo había vendido, y esa noche se lo roban, será evidente que mañana no podrá entregar dicho automóvil, y la consecuencia legal que ha adoptado el Código Civil peruano es que el deudor pierde el derecho a la contraprestación pactada, lo que equivale a decir, en otras palabras, que ese deudor se queda sin su carro y sin el precio que le iban a pagar por él.

Por lo tanto, como puede apreciarse, en este primer caso el Código Civil ha optado por el principio *favor creditoris*, pues los referidos incisos 5 y 6 del artículo 1138, son normas que favorecen claramente al acreedor. Nótese que, incluso, el Código Civil ni siquiera ha optado por hacer compartir el riesgo entre las partes, sino que ha asignado la integridad del mismo al acreedor de la obligación.

Este principio también es adoptado por el Código Civil cuando regula la teoría del riesgo en las obligaciones de hacer (artículo 1156), y en las de no hacer (artículo 1160).

De la misma manera, aplica el *favor creditoris* en las obligaciones alternativas (artículos 1165 y 1166).

Idéntica solución adopta el Código Civil en materia de teoría del riesgo, cuando aborda la materia en el contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1431 y 1433).

2. Presunción de pérdida del bien

El artículo 1139 establece que se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor, es por culpa suya, salvo prueba en contrario.

En este caso, el Código Civil también ha optado por el *favor creditoris*, en la medida en que asigna la presunción de pérdida del bien al deudor, quien naturalmente podrá probar lo contrario.

3. Obligación alternativa o facultativa

Por otra parte, el Código Civil aplica por

primera vez el principio *favor debitoris*, en su artículo 1171, cuando establece que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa.

En verdad, ésta es una típica aplicación del principio *favor debitoris*, en la medida de que se ha querido favorecer al deudor, habida cuenta de que la obligación facultativa representa mayores ventajas para el deudor que la obligación alternativa, ya sea en lo que respecta a las posibilidades de extinción de la obligación por imposibilidad de una de las prestaciones, o a la permanente posibilidad de decidir con cuál prestación se cumple, derecho que el deudor jamás pierde en las obligaciones facultativas.

Sin embargo, el haber adoptado esta solución legal, en verdad ello puede haber constituido un error, ya que dicha norma sólo se aplicará en caso de duda insoluble; y, precisamente, se presentará este caso cuando resulte imposible saber si existe una prestación principal y una prestación accesoria.

4. Obligaciones divisibles o indivisibles

En las obligaciones divisibles e indivisibles se aprecia una notoria aplicación del principio *favor debitoris*.

Decimos esto, pues si la naturaleza de la prestación y el pacto no lo impiden, conforme a los artículos 1172 y 1173 del Código Civil, el crédito y la deuda se divide entre tantos deudores como acreedores haya; siendo divisible la obligación únicamente cuando su objeto y el pacto de partes así lo dispongan.

Por lo demás, el principio *favor debitoris* también se aprecia en el artículo 1180, cuando se establece el deber de indemnizar una obligación indivisible y mancomunada, en donde se señala que los deudores no culpables sólo indemnizarán al acreedor por la porción del valor de la prestación que les corresponda.

5. Obligaciones mancomunadas y solidarias

En estas obligaciones, el legislador también aplicó el principio *favor debitoris* cuando claramente establece en el artículo 1183 que la solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

También aplica el *favor debitoris* en el artículo 1194, cuando señala que la constitución en mora de uno de los deudores solidarios, no surte efecto respecto a los demás.

Pero, en el caso inverso, también resultan beneficiados los acreedores, cuando señala que la constitución en mora de uno de los acreedores solidarios, tampoco surte efecto contra los demás.

6. Pago

En materia de pago, las normas del Código Civil son lo suficientemente equilibradas como para establecer el rigor correspondiente con respecto al deudor de la obligación, facilitando el cobro íntegro de la prestación debida, en los términos acordados por las partes o establecidos en la ley; de modo que resulta imposible extraer normas que apliquen el principio *favor debitoris*.

7. Pago de intereses

En sede de pago de intereses, existe una norma en la que el Código Civil opta por el *favor debitoris*. Se trata del artículo 1249, que establece que no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.

Sin embargo, esta norma ha sido rebasada por la realidad, habida cuenta de que en 1984, cuando entra en vigencia el Código Civil, los intereses se expresaban en términos nominales, lo que permitía la pacífica aplicación del artículo 1249.

Hoy en día, sin embargo, los intereses se expresan en tasas efectivas, situación que hace posible la aplicación del referido numeral, a menos, naturalmente, que se hubiese pactado intereses en tasa nominal.

8. Imputación del pago

Las normas de imputación del pago favorecen claramente los intereses del acreedor, tanto en lo que respecta al mecanismo de imputación contemplado en el artículo 1256, cuando expresa que sin el asentimiento del acreedor no se imputará el pago parcialmente, o a una deuda ilíquida o no vencida, como en el artículo 1257, cuando se señala que quien deba capital, gastos e intereses no puede, sin

el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.

Lo propio ocurre en el numeral 1258 sobre la imputación hecha por el acreedor.

Sin embargo, en la propia sede de imputación del pago, el artículo 1259, relativo a la imputación legal, es una norma que, en algunos casos, favorece los intereses del acreedor y en otros, los del deudor.

Así, favorece los intereses del acreedor, cuando establece que no expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada. En cambio, favorece al deudor cuando establece que entre varias deudas igualmente garantizadas, se imputará el pago a la más onerosa para el deudor.

9. Novación

En novación encontramos una norma de claro corte *favor creditoris*.

Se trata del artículo 1379, que establece que 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.

Decimos que se trata de una norma que favorece al acreedor, en la medida de que evita que cualquier modificación accesorio de la obligación que, por teoría, debería considerarse como un acto novatorio, precisamente no sea considerado como tal, a efectos de que un deudor inescrupuloso no pueda alegar verse liberado de las garantías que aseguraban el cumplimiento de la obligación.

10. Inejecución de obligaciones

En sede de inejecución de obligaciones, el artículo 1329 establece que se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

Ésta es una típica norma *favor creditoris*, pues recoge una disposición contraria a los intereses del deudor, en la medida de que al presumir que el cumplimiento de la obligación obedece a culpa leve de éste, lo obligará a indemnizar al acreedor los daños y perjuicios previsibles

que resulten como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de tal obligación.

Sin embargo, queda claro que dicha norma faculta la prueba en contrario, la misma que podrá permitir al deudor liberarse de dicha presunción probando que el incumplimiento obedeció a caso fortuito, fuerza mayor o al empleo de la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Es evidente también que dicha norma permite que el acreedor pueda probar que el incumplimiento de la obligación obedeció a dolo o culpa inexcusable del deudor, situación que lo obligaría a indemnizar todos los daños y perjuicios (previsibles e imprevisibles) que se hubiesen ocasionado como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de dicha obligación (argumento del artículo 1321 del Código Civil).

11. Mora

Como se sabe, el Código Civil recoge como regla el principio de la mora por intimación o requerimiento, habiendo relegado la mora automática a supuestos de excepción (artículo 1333).

Esto significa que la regla en esta materia es claramente favorable al deudor, ya que el solo paso del tiempo no interpela por el hombre.

12. Obligaciones con cláusula penal

El régimen de las obligaciones con cláusula penal favorece claramente los intereses del deudor, habida cuenta de que el artículo 1346 permite que el juez, a solicitud del deudor, reduzca equitativamente la pena, cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Esta norma contrasta con lo dispuesto por el artículo 1341, precepto que sólo permite al acreedor reclamar el íntegro de la indemnización de daños y perjuicios, cuando la penalidad pactada sea menor que el total de los daños, en caso se hubiese convenido la cláusula de indemnización por daño ulterior.

13. Cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión

El régimen de cláusulas generales de

contratación y contratos por adhesión, es claramente favorable a la parte que no redactó previamente dichas cláusulas, la misma que puede ser deudor o acreedor.

Esto significa que en esta materia el Código Civil no ha optado ni por el *favor creditoris*, ni por el *favor debitoris*.

En ese sentido, tenemos a las cláusulas abusivas contenidas en el artículo 1398; y a la carencia de eficacia de las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez (artículo 1399).

De igual modo, el artículo 1400, cuando dispone que en los casos del artículo 1397 las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto.

Y, finalmente, el artículo 1401, cuando establece que las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

14. Excesiva onerosidad de la prestación

En esta materia, el Código Civil, al adoptar la teoría de la imprevisión, favorece los intereses del deudor, pues permite que la justicia contractual se restablezca con el ajuste de la contraprestación o la resolución del contrato (argumento del artículo 1440 del Código Civil).

Estos casos ilustran, a título de ejemplo, que el Código Civil peruano de 1984 combina —de la manera más equitativa y justa posible— la aplicación de los principios *favor debitoris* y *favor creditoris*, contrariamente a lo que señala la ex Comisión Reformadora.

IV. ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL PROYECTO DE REFORMA AL LIBRO DE OBLIGACIONES DE JULIO DE 2011

LIBRO VI LAS OBLIGACIONES

SECCIÓN PRIMERA LAS OBLIGACIONES Y SUS MODALIDADES

TÍTULO I OBLIGACIONES DE DAR

Código Civil de 1984
“Artículo 1133.- El obligado a dar un conjunto de bienes ciertos informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1133.- <i>Deber de información</i> El obligado a dar uno o más bienes ciertos informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor”.

Sobre la propuesta de reforma esbozada para el artículo 1133 del Código Civil, cabe precisar que tanto en teoría (una interpretación basada en los principios generales del derecho), como en la práctica, el contenido del actual artículo 1133 no merece cambio alguno.

Sería absurdo pensar que el actual contenido del artículo sólo pueda ser aplicado para un conjunto plural de bienes y no para uno solo. Por otra parte, hasta donde tenemos conocimiento, la jurisprudencia nacional no ha emitido fallo alguno en el que sugiera su modificación y es que, tal cual está redactado hoy el artículo, cumple a cabalidad con su función⁴. A nadie en el Perú se le ha ocurrido interpretar este artículo en el sentido de que si sólo se está obligado a entregar un bien cierto, el deudor del mismo no tenga dicho deber de información con respecto al acreedor. Por lo demás, en matemática, los conjuntos pueden tener un solo bien (y siguen siendo conjuntos; es el caso del denominado conjunto unitario) e incluso

⁴ En anterior oportunidad detectamos esta imperfección en el texto del Código Civil, pero sólo como un ejercicio académico o teórico. Sobre este punto ver: OSTERLING, Felipe y CASTILLO, MARIO. “Tratado de las Obligaciones”. Tomo I. Primera parte. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1994. p. 307; de otro lado, en un trabajo posterior, CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas”. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1998. p. 716.

ninguno (conjunto vacío). Un poco más de imaginación, señores.

Código Civil de 1984
<p>“Artículo 1143.- En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.</p> <p>Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1143.- <i>“Elección en los bienes inciertos</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En las obligaciones con prestación de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al acreedor, salvo que resulte atribuida al deudor o a un tercero por mandato de la ley, por el título de la obligación o por las circunstancias del caso. 2. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media”.

El artículo 1143 del Código Civil vigente 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.

La postura adoptada por el legislador de 1984 resulta adecuada, ya que ella responde a la necesidad de las cosas, puesto que es el deudor quien precisamente se encuentra en directa relación con los bienes dentro de los cuales hay que escoger alguno(s) y es quien de manera más rápida y efectiva puede efectuar dicha elección, sin incurrir en mayores gastos. Naturalmente, tal como lo establece la ley, podría ocurrir que no sea al deudor a quien corresponda efectuar dicha elección, si esto se dedujese de la propia ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. Asimismo, se señala que de no corresponder

al deudor la elección del bien, ella la hará el acreedor o un tercero, al cual las partes de común acuerdo hubiesen encomendado tal misión. Cualquiera de estas dos últimas situaciones es perfectamente posible, ya que estaríamos dentro del campo de la autonomía de la voluntad referente a la libertad contractual o de configuración interna de las estipulaciones de un contrato.

Como se puede observar, la actual redacción y la postura que inspira el contenido del artículo 1143 resulta idónea y no entendemos por qué el Proyecto de Reforma desea variar radicalmente la corriente que desde hace mucho se ha adoptado en este tema. Como ya se dijo, no existe fundamento teórico, práctico, ni histórico que sustente la modificación propuesta.

De otro lado, cabe mencionar que se añade la frase “con prestación de dar” en el texto propuesto por la “Comisión Reformadora”. ¿Acaso alguna vez se ha puesto en duda el sentido de la actual norma? No olvidemos que una obligación tiene por objeto una prestación, la cual, a su vez, puede ser de dar, hacer o no hacer. De esta forma, ¿cuál es la urgencia de reiterar el sentido de una norma que es perfectamente inteligible? La respuesta es obvia: ninguna.

TÍTULO II OBLIGACIONES DE HACER

Código Civil de 1984
<p>“Artículo 1156.- Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1156.- <i>Imposibilidad sin culpa de las partes</i></p> <p>Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la relación obligatoria queda resuelta. En este caso, el acreedor está obligado a pagar la contraprestación por la parte proporcional de la prestación ejecutada y el deudor a devolver el exceso que hubiere recibido. Corresponden al acreedor los derechos y acciones relativos a la prestación imposible”.</p>

El precepto actual establece que el deudor deberá devolver al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido. Esta norma, en consecuencia, prevé que el riesgo de la contraprestación lo sufre el deudor. Así, cabe preguntarnos otra vez, ¿de dónde se ha sacado la idea de que el Código sólo sigue la regla del *favor debitoris*? Y es que esta norma a todas luces va contra los intereses del deudor.

Ahora bien, el Proyecto de Reforma hace referencia al hecho de que “el acreedor está obligado a pagar la contraprestación por la parte proporcional de la prestación ejecutada y el deudor a devolver el exceso que hubiere recibido”.

De aceptarse esta propuesta, se estaría admitiendo un imposible jurídico, ya que el supuesto de hecho de la norma proyectada es la imposibilidad de la prestación, con lo que cualquier ejecución que se haga resultará inútil para el acreedor.

Sin duda, la redacción del artículo 1156 del Proyecto de Reforma no refleja ese sentido de justicia en el que dice inspirarse. Es más, con lo planteado se favorecería al deudor, pues éste recibiría un pago por la parte proporcional de una prestación ejecutada que es, al mismo tiempo, imposible. Así, ¿dónde se traduce ese ánimo por disminuir las reglas que aparentemente se encuentran concebidas a favor del deudor?

Por otro lado, respecto a los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida, ellos corresponderían al deudor. Esta regla, contenida en el actual artículo 1156, acoge el mismo principio –de justicia evidente– que el consagrado por el inciso quinto del artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar, y por el artículo 1160, referente a las obligaciones de no hacer. De esta manera, modificar su contenido –tal como pretende el Proyecto de Reforma–, implicaría crear contradicciones en la lectura e interpretación sistemática del Código Civil y permitiría injusticias para con el deudor que es, finalmente, quien debía la prestación que ahora resulta imposible.

CAPÍTULO TERCERO OBLIGACIONES CON PRESTACIÓN DE NO HACER

Código Civil de 1984
“Artículo 1160.- Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157”..
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1160.- <i>Remisión</i> Son aplicables a las obligaciones con prestación de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, 1155, 1156 y 1157”.

En principio, debemos manifestar que nos llama poderosamente la atención que el proyecto modifique el título del actual capítulo, el cual ahora denomina como obligaciones “con prestación” de no hacer, y que los Capítulos anteriores mantengan en el proyecto bajo análisis su denominación original (esto es, sin añadir la frase “con prestación”). ¿Dónde está ese ánimo de perfeccionar el contenido de este Libro si es que los títulos que lo componen no guardan concordancia entre sí? Por lo demás, ¿resulta necesario hacer tal precisión sabiendo que toda obligación tiene por objeto una prestación? ¿Alguien lo duda? ¿Alguien lo entiende de otro modo?

Ahora bien, ya dentro del análisis del numeral 1160 del proyecto, la remisión al primer párrafo del artículo 1154, excluyendo la aplicación del segundo párrafo del mismo precepto que se refiere a la mora del deudor en las obligaciones de hacer, revela la intención del legislador de excluir la mora en las obligaciones de no hacer. El artículo 1333 confirma esta tesis, pues sólo considera como supuestos de mora los referidos a las obligaciones positivas, es decir a las obligaciones de dar o de hacer, sin mencionar las obligaciones negativas, esto es las de no hacer⁵.

Así, es evidente que no podría haber mora en una obligación de no hacer, si dicha obligación consistiera, por ejemplo, en guardar un secreto. Si el deudor revelara el secreto en público se produciría el incumplimiento total de dicha obligación, no habiendo lugar a la posibilidad de que el acreedor constituya en mora al deudor, habida cuenta de que ya se

⁵ Esta afirmación se pone en evidencia en el texto del artículo 1333, ya que en la única parte de este numeral

habría producido la inexecución o incumplimiento total de la prestación. Resulta obvio que la mencionada prestación habría devenido en inútil; y, como se recuerda, uno de los requisitos para que exista mora es que el cumplimiento futuro de la prestación todavía resulte de utilidad para el acreedor.

De no resultar útil, mal podríamos hablar de mora; sólo restaría hablar de incumplimiento definitivo de la obligación.

Por otra parte, quienes sustentan la existencia de mora en las obligaciones de no hacer, proponen ejemplos de obligaciones de duración o de tracto sucesivo, como podría ser el caso de una empresa que se obliga a no suministrar determinados productos a ninguna otra, sino solamente a favor del acreedor. En este tipo de obligaciones, resulta claro que la eventualidad de una ausencia de cumplimiento inmediato, o en algún lapso del plazo contractual establecido, no necesariamente determinará que se haya producido un incumplimiento de carácter definitivo o absoluto. Será claro que en estos casos el acreedor podrá conservar todavía interés en que se comience a cumplir, aunque fuere de manera tardía o –incluso– en que se cumpla la obligación de modo parcial.

Dentro de tal orden de ideas, en la medida de que no se habría perdido el elemento de la utilidad en el cumplimiento futuro, aunque tardío, de la obligación, sería posible pensar en una eventual constitución en mora del deudor.

De otro lado, también debemos recordar que sobre este tema, nuestro ordenamiento jurídico, en materia procesal, da algunas luces.

Respecto a los procesos de ejecución, el Código Procesal Civil de 1993, posterior al Código Civil de 1984, toma en cuenta el caso de las obligaciones de no hacer, al prescribir en su artículo 694 que “(...) [s]e puede demandar ejecutivamente las siguientes obligaciones:

1. Dar; 2. Hacer; y 3. *No hacer*”. [El énfasis es nuestro.]

El precepto citado se complementa con una normativa especial para los casos de ejecución de las obligaciones de no hacer prevista por los artículos 710, 711 y 712 del referido Código Procesal Civil. Por ejemplo, el artículo 711 establece que “[el] mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que en el plazo de diez días deshaga lo hecho y, de ser el caso, se abstenga de continuar haciendo, bajo apercibimiento de deshacerlo forzosamente a su costo. Vencido el plazo, el Juez hará efectivo el apercibimiento”.

De lo expuesto puede deducirse una modificación a lo dispuesto por la normativa civil, en virtud de lo prescrito por la normativa procesal civil, pues en la primera no se contempla expresamente la aplicación de la mora del deudor a las obligaciones de no hacer y en la segunda sí se permite de manera expresa la ejecución forzada de este tipo de obligaciones, con lo que se aceptaría –implícitamente– la configuración de la mora del deudor en algunas obligaciones de no hacer, naturalmente, cuando su contenido lo permita.

Obviamente, se trata de aquellas obligaciones en las que resulte factible la ejecución de la prestación negativa, aunque sea parcial o tardíamente, por no consistir en una obligación con prestación de no hacer de ejecución instantánea y subsistir el interés del acreedor en el cumplimiento de dicha obligación.

En conclusión, del análisis del Código Procesal Civil se aprecia que, en la práctica, el acreedor puede –perfectamente– hacer valer su derecho de crédito en cierto tipo de obligaciones de no hacer, con lo que se establece la aplicación implícita de la mora del deudor en estos supuestos, de manera que somos de la opinión de que en este caso la propuesta de modificación del Proyecto de Reforma resulta innecesaria.

en que se hace referencia a la naturaleza de la obligación, se expresa lo siguiente:

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

(...)

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”.

[El énfasis es nuestro].

**TÍTULO IV
OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y
FACULTATIVAS**

Código Civil de 1984
“Artículo 1161.- El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1161.- <i>Obligaciones alternativas. Cumplimiento</i> 1. El obligado a diversas prestaciones alternativas, debe cumplir por completo sólo una o algunas de ellas. 2. Quien deba efectuar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra”

Como se sabe, la obligación alternativa es aquella de objeto plural, esto es de dos o más prestaciones, por la cual el deudor se encuentra obligado a la ejecución completa de solamente alguna de ellas. En la obligación alternativa todas las prestaciones se encuentran *in obligatione*, lo que equivale a decir que todas ellas son prestaciones principales; ninguna de ellas es accesoria o secundaria.

Se entiende, de acuerdo al principio establecido por el actual artículo 1161, que el deudor sólo deberá ejecutar una de las prestaciones alternativas, pero la prestación que cumpla deberá realizarla íntegramente. No podrá el deudor ejecutar parte de una prestación y parte de otra, ya que es ésta la naturaleza de la obligación alternativa. En consecuencia, en la obligación alternativa existe pluralidad de prestaciones (varias –dos o más– prestaciones), pero unidad en el pago, ya que sólo se tendrá que ejecutar una de ellas.

Así, teniendo esto claro, resulta totalmente innecesario modificar el contenido del actual artículo 1161. Las expresiones “[el] obligado alternativamente a diversas prestaciones”, o “El obligado a diversas prestaciones alternativas”, significan lo mismo. Recordemos que el orden de los factores no altera el producto, y tal como está concebida la norma actual, su interpretación y aplicación será idéntica. ¿O alguien duda de esto?

Por otra parte, el segundo párrafo que añade el Proyecto de Reforma y que señala que “[q]uien deba efectuar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra”, resulta innecesario, en vista de que

su contenido redunda en lo señalado por el primer apartado. Ello, debido a que, como se dijo, la naturaleza jurídica de una obligación alternativa se resume en la pluralidad de prestaciones y la unidad en el pago de la prestación que se haya elegido. Por lo demás, dicho pago combinado resultaría perfectamente posible en caso lo acepte el acreedor.

Finalmente, llama la atención que el Proyecto de Reforma pretenda desnaturalizar la obligación alternativa permitiendo a quien realice la elección cumplir una o más de una prestación.

Es característica de las obligaciones alternativas que se cumpla sólo una prestación; ello, habida cuenta de que las prestaciones están ligadas por la disyunción “o” y no por la conjunción “y”. La propuesta de modificación que plantea el artículo 1161, en realidad regula un híbrido entre la obligación alternativa y la conjuntiva. Obviamente, no estamos de acuerdo con ello. Por lo demás, un pacto de tales características es perfectamente válido, pero será –como corresponde– uno de carácter atípico e innominado (ni obligación alternativa ni obligación conjuntiva).

Código Civil de 1984
“Artículo 1162.- La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero. Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1162.- <i>Elección</i> 1. La elección corresponde al acreedor, salvo que resulte atribuida al deudor o a un tercero por mandato de la ley, por el título de la obligación o por las circunstancias del caso. 2. Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144”.

En esta norma se establece que la elección de la prestación corresponde, en principio, al deudor. Naturalmente, cabe pacto en contrario; en tal caso, las opciones a escoger por las partes serán que la elección corresponda al acreedor o que la elección corresponda a un tercero designado por las partes.

Como se observa, lo pretendido por la “Comisión Reformadora” hoy en día es perfectamente factible a través de un simple acuerdo entre las partes. Esto no está prohibido. El artículo 1161 no es imperativo y ofrece todas las posibilidades existentes; sólo es necesario el convenio del deudor y acreedor. Así, pues, ¿resulta absolutamente necesaria dicha modificación? Creemos que es evidente que no.

Código Civil de 1984
“Artículo 1171.- En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1171.- <i>Caso de duda</i> En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por alternativa”.

Sobre este punto, queremos señalar que pese a las bondades históricas y teóricas que inspiraron la actual opción legislativa, hoy tenemos dudas sobre las ventajas de la solución adoptada por el Código Civil en el artículo 1171. Decimos esto, pues en el supuesto de encontrarnos frente a una duda insoluble en torno a si una obligación es alternativa o facultativa, ocurrirá –entre otros conceptos– que no resultará clara la existencia de una prestación principal y de otra accesoria.

Ello, porque si fuera clara la situación, no habría duda alguna y la obligación debería haber sido calificada como facultativa.

Pero si existe esa duda insoluble, entonces no se sabrá cuál de las dos prestaciones es la principal y cuál es la accesoria. Es más, no se sabrá siquiera si existe una prestación principal o si las dos tienen similar jerarquía jurídica (si las dos son principales).

Dentro de tal orden de ideas, en la duda insoluble, el aplicar lo dispuesto por el artículo 1171 del Código Civil y considerar a la obligación como facultativa, nos llevaría a la necesidad de calificar a una de las dos prestaciones como principal y a la otra como accesoria, que es, precisamente, lo que tal

vez no se pudo hacer antes y lo que motivó –al encontrarnos en un supuesto de duda insoluble– la aplicación del artículo 1171 del Código Civil.

Por lo expuesto, nosotros hemos sostenido desde hace algunos años⁶ que la solución del código peruano tal vez debió ser la inversa, pero de allí a sostener que un caso tan exótico como éste genere la imperiosa necesidad de modificar el Código Civil, hay siete abismos.

TÍTULO VI OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Código Civil de 1984
“Artículo 1174.- El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1174.- <i>Beneficio de la división</i> El beneficio de la división no puede ser opuesto por el sucesor del deudor encargado de cumplir la prestación o que se encuentre en posesión del bien debido, si éste es cierto y determinado”.

La propuesta de modificación del artículo 1174 del Código Civil, sigue la línea de pensamiento expuesta en un trabajo anterior elaborado por uno de los coautores de este artículo, a través del cual se pronunció sobre el verdadero contenido que este numeral debía tener⁷.

Así, creemos que resulta acertado que, en primer lugar, se considere que el actual tercer supuesto constituye un imposible jurídico. Sin embargo, su presencia en la ley no resulta peligrosa. Jamás se ha producido un problema real en torno a este particular, simplemente es una precisión teórica de poca o nula relevancia práctica.

Además, se hace la precisión de que se trata de un bien cierto y determinado, pues de lo contrario, en virtud del aforismo romano

⁶ OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Lima: Palestra Editores. 2008. pp. 246 y siguientes.

⁷ CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas” Op. cit. p. 736.

genus nunquam perit, el cumplimiento de la obligación resultaría posible. Esto, que también fue dicho por nosotros en su oportunidad, es obvio y, por tanto, de innecesaria precisión legislativa.

Finalmente, se propone variar la expresión “cosa” por la palabra “bienes”, a fin de guardar uniformidad con la terminología empleada a lo largo de todo el Código Civil peruano. Esto, lo juzgará el lector, resulta sencillamente irrelevante.

Recomendamos a la “Comisión Reformadora” que tome los comentarios doctrinales consignados en las numerosas publicaciones que hemos efectuado hasta la fecha como simples enseñanzas legales. Ellos tienen por objeto enriquecer el sentido de las normas legales, no degradar el Código con su inmediata traducción legislativa.

Código Civil de 1984
“Artículo 1180.- La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1180.- <i>Inejecución</i> 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 derecho al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”

La propuesta realizada por el Proyecto de Reforma de la “Comisión” resulta injusta para con el o los deudores que hubieran estado dispuestos a cumplir con la prestación materia de la obligación, ya que pese a tener el ánimo de pagar quedan obligados por el íntegro de la indemnización.

Si bien la segunda parte del artículo propuesto resulta coherente, ya que es justo que el codeudor no culpable que pagó tenga derecho

al reembolso contra el o los culpables, sin perjuicio de la indemnización que corresponda, ella no constituye novedad alguna, pues esto siempre se ha entendido así⁸.

Código Civil de 1984
“Artículo 1181.- Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204. Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1181. <i>Remisión</i> 1. Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204. 2. Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican los artículos 1177, 1178 y 1179 y, además, las normas de la solidaridad, con excepción de lo dispuesto por los artículos 1187, 1189, 1190, 1191, 1200, 1201 y 1202”.

La actual redacción del artículo 1181 en vigencia es errónea. Decimos esto, debido a que el problema surge cuando la obligación es indivisible y solidaria, ya que para estos casos el Código prevé, en el segundo párrafo del artículo 1181, que se aplican por remisión las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177. Dicho en otras palabras, las obligaciones indivisibles se regirían exactamente por los mismos preceptos de las obligaciones solidarias, con la única excepción de que la indivisibilidad, a diferencia de la solidaridad, haría que aquella operara respecto de los herederos del acreedor o del deudor.

Aquí, en nuestra opinión, el código incurre en una inexactitud, pues a las obligaciones indivisibles, por su naturaleza, no se les puede aplicar todas las reglas de la solidaridad a las que alude el citado artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil, no obstante que se trata de obligaciones indivisibles y solidarias.

En ese sentido, la propuesta de modificación resulta teóricamente coherente, ya que en virtud del nuevo precepto se señalaría,

⁸ OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 306 y siguientes.

con toda claridad, las normas aplicables al complejo tema de las obligaciones que son simultáneamente indivisibles y solidarias, sin colisionar con la naturaleza jurídica de esas dos instituciones. Sin embargo, ella no es necesaria, pues antes y después de que quienes escribimos estas páginas advirtiésemos este tema, el medio jurídico lo ha venido interpretando así. Por lo demás, ¿acaso podría sostenerse lo contrario?

Por otro lado, cabe señalar que numerosos códigos identifican las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad, desconociendo que la naturaleza de ambas instituciones es diferente. Otros códigos, como el italiano en su artículo 1317, disponen que las reglas de las obligaciones solidarias rigen, en cuanto sean aplicables, las obligaciones indivisibles, pero sin decidir cuándo son aplicables y cuando no. Otras legislaciones son pulcras al regular la solidaridad, pero extremadamente parcas con la indivisibilidad.

Ninguna de estas soluciones, en nuestra opinión, es satisfactoria. Unas, porque identifican las consecuencias de la indivisibilidad y de la solidaridad, olvidando su distinta naturaleza. Otras, por su imprecisión al remitir ciertas normas de la solidaridad, sin mencionarlas, como aplicables a la indivisibilidad. Y otras, finalmente, por su silencio. Por ello, el texto del artículo 1181 del Código Civil peruano, disipa dudas y evita el antiguo debate sobre la naturaleza jurídica de la indivisibilidad y de la solidaridad para determinar las reglas de las obligaciones solidarias aplicables cuando ellas son también indivisibles⁹.

TÍTULO VI OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

Código Civil de 1984

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

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1183.- *Presunción de solidaridad pasiva. Pluralidad de acreedores*

1. 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.
2. Entre acreedores habrá solidaridad sólo cuando la ley o el título de la obligación así lo determinen expresamente”.

Lo primero que debemos resaltar en nuestro análisis es que la modificación de esta norma constituye un anhelo largamente acariciado por el Análisis Económico del Derecho.

Si revisamos el texto exacto de la propuesta del nuevo Proyecto de Reforma, encontramos que en su primer párrafo establece como regla la presunción de 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 (contrato).

La “Comisión” considera indispensable invertir la presunción existente, de modo que ahora se presuma la solidaridad, pero únicamente para los deudores. Entre acreedores habrá solidaridad sólo cuando la ley o el título de la obligación así lo determinen expresamente.

Esto significa que si estuviésemos frente a una obligación en la cual no existiera ninguna referencia de las partes con respecto a la solidaridad o mancomunidad, los codeudores se presumirán codeudores de obligación solidaria, mientras que entre los coacreedores habría mancomunidad. Es decir, tendríamos una obligación de deudores solidarios y de acreedores mancomunados.

Y esto también nos llevaría a que para que exista solidaridad en ambas partes, en tanto ya se presume la solidaridad de los codeudores, tendría que pactarse la solidaridad de los acreedores.

Lamentablemente, el Proyecto de Reforma no ofrece una verdadera explicación según la cual sea conveniente presumir una y no presumir la otra.

Como en realidad no creemos que siquiera

⁹ Fuimos nosotros quienes en 1994 advertimos esta inconsistencia en el Código Civil. Así, en diversas oportunidades nos expresamos en similares términos: OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 193-197; CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas”. Op. cit. p. 738; y, OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 309 y siguientes.

exista una razón valedera sobre la cual pueda fundamentarse una modificación como ésta, juzgamos más apropiado dedicar unas líneas a explicar el por qué no debería presumirse la solidaridad en el derecho peruano, sino la mancomunidad (como ocurre hoy en día).

La razón de ser del precepto contenido en el actual artículo 1183 del Código Civil, radica en la grave onerosidad que representa para uno o varios deudores obligarse respecto de uno o varios acreedores de manera solidaria. En tal sentido, hoy la ley ni siquiera permite que de la interpretación del acto o norma legal constitutivo de la obligación, se deduzca la solidaridad a través de un proceso lógico, sino que exige que la solidaridad conste de manera expresa. De lo contrario, la obligación se tendrá por mancomunada.

Partiendo de lo anterior, consideramos que el error más grave del Proyecto de Reforma es que pretende modificar una norma que hoy resulta clara, por una que crea distinciones injustificadas y que deviene en injustamente onerosa para los deudores.

El vigente artículo 1183 constituye, entonces, una norma que no se presta a confusiones, al señalar que la solidaridad –sea ésta pasiva o activa– no se presume, de modo tal que sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

En todo caso, y esto queremos resaltarlo, lo cierto es que el día de hoy, con la vigencia de la presunción establecida por el artículo 1183; es decir, presumiéndose la mancomunidad y no la solidaridad, no existen problemas, porque cuando se quiere pactar la solidaridad, las partes lo hacen de manera expresa¹⁰.

En la legislación peruana es indispensable que la solidaridad conste expresamente. ¿Y esto qué significa? Pues que al igual que en el tema de las obligaciones divisibles e indivisibles, el ordenamiento jurídico nacional no parte de la idea de que las obligaciones de sujeto plural, sobre todo aquéllas en las que exista pluralidad de deudores, deban tener una regulación que sea lo más gravosa o perjudicial para los referidos codeudores.

En otras palabras, así como en sede de obligaciones divisibles e indivisibles la regla es la divisibilidad y la excepción está constituida por la indivisibilidad, en sede de obligaciones mancomunadas y solidarias la regla es la mancomunidad y la excepción es la solidaridad.

La solidaridad constituye, pues, una excepción al Derecho común: el principio general es la división de la deuda entre los que se obligan conjuntamente; pero, en virtud de la solidaridad, se impide la división de la obligación entre los codeudores. Ante el silencio de las partes, la obligación debe considerarse como mancomunada.

Así, la razón del citado precepto radica en la grave onerosidad que representa para dos o más deudores obligarse ante uno o varios acreedores de manera solidaria. En tal sentido, la ley ni siquiera permite que la solidaridad se deduzca, a través de un proceso lógico, de la interpretación del acto o norma legal constitutiva de la obligación, sino exige que la solidaridad conste de manera expresa. De lo contrario, la obligación se tendrá por mancomunada.

El principio de no presunción de la solidaridad es muy antiguo. El Código nacional lo ha seguido por considerar que la solidaridad no constituye una situación normal en las obligaciones. Lo normal es que una obligación sea mancomunada. Toda obligación, a menos que la ley, el pacto o la voluntad unilateral la constituyan en solidaria, nace mancomunada. Entonces, si la regla es que toda obligación nazca con el carácter de mancomunada, ¿cómo podríamos aducir que en la duda se presuma solidaria?

Como podemos apreciar, la solidaridad es algo muy serio. La condición de codeudor solidario de una obligación, no es una circunstancia graciosa que pueda asignarse voluntariamente a las personas a manera de juego o por puro placer.

Esta característica también es resaltada por la jurisprudencia nacional¹¹, cuando señala que “[l]a norma contenida en el artículo 1183

¹⁰ En similares términos se pronunció anteriormente uno de los coautores de este ensayo: CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas”. Op. cit. p. 739; y, CASTILLO, Mario. “Por qué no se debe reformar el Código Civil”. Op. cit. pp. 393 y siguientes. Posteriormente, OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 322 y siguientes.

¹¹ Casación N° 857-2002-Lima.

del Código Civil expone que la estipulación de la solidaridad sea expresa; en este sentido el Código sustantivo remarca e impone la necesidad de la declaración expresa, puesto que los efectos que emergen de la solidaridad son de tal gravedad, sobre todo tratándose de la solidaridad pasiva, que es medida plausible tal exigencia”.

No cabe duda que el hecho de ser codeudor solidario de una obligación implica, junto con la circunstancia de ser codeudor indivisible de una relación obligatoria, una de las circunstancias más graves en las que pueda encontrarse un codeudor.

Pero en muchos aspectos la condición de codeudor de obligación solidaria viene a ser más gravosa o severa que la condición de codeudor de prestación indivisible.

Dentro de tal orden de ideas, es que el ordenamiento jurídico nacional se ha cuidado de establecer con pulcritud en el artículo 1183 del Código Civil (norma que como ya hemos señalado resulta aplicable supletoriamente a todos los casos de solidaridad regidos por todas las áreas del derecho nacional), que la solidaridad no se puede presumir, indicando también aquellos casos en los cuales una obligación tiene la condición de solidaria.

Código Civil de 1984
“Artículo 1184.- La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores. Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1184.- <i>Pluralidad de vínculos. Modalidades distintas</i> 1. La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores. 2. Tampoco queda excluida la solidaridad si la obligación no es válida respecto de uno de los deudores o acreedores.

3. Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo”.

En principio, cabe señalar que la “Comisión Reformadora” no señala el motivo por el cual agregó este innecesario segundo párrafo al texto del actual artículo 1184 del Código Civil.

¿Quién ha dudado en nuestro país, en estos casi veintisiete años de vigencia del Código Civil, que tampoco queda excluida la solidaridad si la obligación no es válida respecto de uno de los deudores o acreedores?

Sería el caso, por ejemplo, de que la obligación pueda ser nula para un solo codeudor o coacreedor (podríamos pensar en el hecho de que uno de ellos es menor de edad), pero perfectamente válida para los demás.

Como ya se ha advertido a lo largo de este ensayo, una vez más no se entiende el alcance que el referido Proyecto de Reforma le desea otorgar a esta norma, añadiendo algo que resulta obvio.

Código Civil de 1984
“Artículo 1185.- El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno”
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1185.- <i>Principio de prevención</i> 1. El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, mientras no haya sido emplazado judicialmente por alguno. En tal caso, se libera sólo por el pago hecho al acreedor demandante. 2. El acreedor que cobra la deuda responde ante los demás acreedores por la parte que les corresponde en la obligación”.

Como se sabe, existen tres clases de solidaridad: la solidaridad activa, la solidaridad pasiva y la solidaridad mixta.

La solidaridad activa, poco usual, es aquella en la que existe pluralidad de acreedores solidarios ante un deudor común. Esta clase de solidaridad nace de la voluntad de las partes, aunque, teóricamente, también podría ser legal.

El artículo 1185 regula de manera coherente y justa cómo este tipo de obligación solidaria se cumple.

Sin embargo, una vez más, no entendemos el sentido que le desea dar a la norma el Proyecto de Reforma. Es decir, si el deudor ha sido emplazado judicialmente por alguno de los acreedores, ¿no podrá efectuar el pago a cualquiera de dichos acreedores, incluyendo a quienes no lo demandaron? Es esto coherente y justo. Por ello, el Código Civil de 1984 no acogió el principio de prevención, el mismo que se estimó injusto e inútil.

A través del referido principio de prevención, el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores, siempre y cuando antes no hubiese sido demandado por alguno de ellos, caso en el cual deberá efectuar el pago a este último. No obstante ello, cabría que las partes pactasen, al momento de constituir la obligación, que regiría dicho principio, basado en la autonomía de la voluntad.

Cabe señalar que respecto del aludido principio de prevención, no está de acuerdo la doctrina sobre el origen de tal derecho acordado a cada uno de los coacreedores solidarios, ejercido el cual por uno de ellos, quedan los otros como no existentes; puede ser más o menos común la explicación que lo vincula a los efectos extintivos de la *litis contestatio* romana, según los cuales, una vez que uno de los dos *rei stipulandi* había intentado la acción, era inútil que el deudor ofreciese la suma al otro, de modo que la *litis contestatio* extinguía la acción respecto de todos los acreedores y operaba una novación por medio de la cual el deudor no quedaba obligado respecto del actor, sino por consecuencia de la *actio iudicata*¹².

Creemos que no resulta imprescindible modificar el contenido actual del artículo 1185. Es más, la propuesta que se formula resulta poco atinada. De aceptarse, se estará prohibiendo al deudor que cumpla con la obligación con respecto a cualquier acreedor, por el hecho de haber sido demandado por alguno de los acreedores. Es evidente que el o los acreedores buscan, al demandar al deudor, precisamente que cumpla con su obligación.

Por otro lado, el Proyecto de Reforma pretende incluir un segundo párrafo en el artículo 1185, a través del cual se establece que el acreedor que cobra la deuda responde ante los demás acreedores por la parte que les corresponde en la obligación. Si bien es cierto, esto no se encuentra regulado por el actual Código Civil, ¿acaso alguna vez se ha entendido algo distinto? Sinceramente no comprendemos ese afán de convertir al Código Civil en un reglamento que pretenda contener todo.

Creemos, sin lugar a dudas, que el texto del numeral 1185 es mucho más justo que lo propuesto en el proyecto, y, por lo demás, guarda coherencia con lo que el sentido de una obligación solidaria pretende.

Código Civil de 1984
“Artículo 1192.- A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1192.- <i>Defensas oponibles</i> A cada uno de los acreedores solidarios puede oponérsele sólo las defensas que le son personales y las comunes a todos los acreedores. A su turno, cada uno de los deudores solidarios puede oponer sólo las defensas que le son personales y las comunes a todos los deudores”.

Como se sabe, en el Derecho Procesal se hace una distinción entre defensas y excepciones. Las primeras están destinadas a discutir el fondo del derecho invocado por el demandante, por ejemplo, los vicios de la voluntad, el haber pagado, etc. Las segundas, o sea las excepciones, se relacionan no con el derecho de fondo del demandante, sino con alguna cuestión de forma o de carácter previo; por ejemplo, la excepción de incompetencia.

Al hablar de excepciones, es evidente que la norma ha tomado esta palabra no en su sentido técnico, sino en el sentido de defensa o de medios de defensa de los cuales pueden valerse los codeudores solidarios para controvertir el derecho del acreedor. Así se explica que la ley hable de

¹² Sobre este particular, para mayor abundamiento recomendamos al lector la lectura de nuestra obra: OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de las Obligaciones”. Op. cit. p. 115 y siguientes.

excepciones comunes a todos los deudores y de excepciones propias de cada uno de ellos.

En ese entender, creemos que la propuesta realizada por el Proyecto de Reforma resulta totalmente prescindible, en la medida de que sólo implica una redacción distinta de la norma en vigencia, la misma que reviste plena claridad para cualquier abogado medianamente listo.

Código Civil de 1984
<p>“Artículo 1194.- La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás. La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1194.- <i>Mora</i> 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”.</p>

La presente propuesta de reforma establece una enorme injusticia. La lógica y el sentido común nos enseñan que cuando se reclama el pago a alguien y éste decide no pagar, los efectos de esa decisión no pueden extenderse a otros a quienes no se les otorgó la posibilidad de decidir entre pagar o no.

¿Cómo justificar que se extiendan los efectos de la mora a un sujeto al que jamás se le solicitó el pago? Pues, como veremos más adelante, esta norma va de la mano con la propuesta que efectúa la “Comisión Reformadora” en el sentido de instaurar como regla del artículo 1333 la mora automática. Pero en el terreno de la justicia, lo que se propone hacer con el artículo 1194 es injustificable; y esto por una razón muy sencilla. Si nosotros entendiésemos que los efectos del no pago se esparcen o se propagan a aquellos codeudores a quienes el acreedor o los coacreedores no hubiesen reclamado el pago, estaríamos asumiendo

que esos otros codeudores tampoco habrían pagado en la eventualidad de haberseles reclamado.

Pero lo real e innegable es que no tenemos por qué asumir que ellos no hubiesen pagado en tal situación, por la sencilla razón de que nunca se les reclamó.

A esto debemos agregar que con la propuesta de modificación anotada se comete el grave error de generalizar, de creer que los deudores o acreedores solidarios siempre asumen la obligación bajo la misma modalidad, lo cual no es cierto.

Así, se pueden presentar supuestos en los cuales, a pesar de que los deudores o los acreedores sean solidarios, hayan asumido la obligación bajo modalidades diferentes, entre las que podrían encontrarse, por ejemplo, el plazo suspensivo o la condición del mismo carácter, situación que conduciría a que el retraso culposo o doloso de uno de los codeudores o coacreedores no tenga por qué afectar a los demás.

La modificación que se propone no enmienda nada; lo único que hace es desnaturalizar la figura de la mora, en aras de una búsqueda desmedida por acabar con cualquier rezago de lo que se considera un precepto que favorece al deudor, no importando si en ese afán se generan situaciones injustas donde, además, prevalezca la inseguridad jurídica¹³.

Código Civil de 1984
<p>“Artículo 1195.- El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida. El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1195.- <i>Inejecución</i> 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</p>

¹³ En similares términos se pronunció con anterioridad uno de los coautores de este trabajo, Mario Castillo Freyre. Ver CASTILLO FREYRE, Mario. “Por qué no se debe reformar el Código Civil”. Op. cit. p. 397.

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

El artículo 1195 del Código Civil peruano prescribe que el incumplimiento de la obligación solidaria por causa imputable a uno o a varios codeudores no liberará a los demás de pagar de manera solidaria el valor de la prestación debida. Esto quiere decir que la integridad de codeudores, incluso aquéllos que se encontraban dispuestos a ejecutar la obligación, devendrán en deudores solidarios, en vía indemnizatoria, del valor total de la prestación respecto del acreedor común.

De acuerdo a lo prescrito por el citado artículo 1195, cuando la obligación es imposible por culpa de alguno(s) de los codeudores solidarios, subsiste para todos la obligación de pagar su valor, pero por los daños y perjuicios sólo responden el culpable o los culpables.

Esto resulta de lógica y justicia evidentes. ¿Por qué se pretende modificar una norma como la citada? Lo peor es que se le pretende dar un sentido totalmente opuesto al que ahora posee. Decimos esto, debido a que se está castigando de manera innecesaria a quien no tuvo la culpa del incumplimiento de la obligación, haciéndole pagar la indemnización y luego otorgándole la posibilidad de que los deudores culpables le reembolsen lo pagado injustamente. Es decir, se le está imponiendo un doble castigo, ya que por un lado tendrá un conflicto al pagar al acreedor y, además, deberá lidiar con los otros deudores para que le reembolsen lo pagado. Sin duda, un contenido nada práctico y por lo demás engorroso y altamente injusto.

Código Civil de 1984

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

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1196.- *Interrupción de la prescripción*
Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno

de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores, salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible”.

Lo establecido por el Proyecto de Reforma resulta totalmente innecesario, y ello porque se entiende, y siempre ha sido así, que sólo se puede solicitar el cumplimiento de una obligación cuando ésta sea exigible.

De esta forma, creemos que lo añadido por el Proyecto de la “Comisión Reformadora” resulta innecesario y es evidente que no constituye modificación indispensable alguna.

Código Civil de 1984

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

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

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1197.- *Suspensión de la prescripción*

1. La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.
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”.

Una vez más, el Proyecto de Reforma de la “Comisión” cae en ese afán de modificar la redacción de una norma que es perfectamente inteligible y, por lo demás, justa.

El actual artículo 1197 señala que el deudor

constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. De otro lado, el Proyecto de Reforma establece que 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.

Como se puede observar, en ambos casos el deudor paga y en ambos casos tiene la posibilidad de solicitar a los codeudores que le restituyan lo que por derecho le corresponde. Así, ¿cuál es la razón para modificar una norma a través de un proyecto que dice lo mismo? ¿Resulta acaso eso realmente indispensable? Es evidente que no.

Código Civil de 1984
“Artículo 1198.- La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción. La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1198.- <i>Renuncia a la prescripción</i> 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 favorecidos con la prescripción declarada. 2. La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás”.

Una vez más, el Proyecto de Reforma busca modificar el actual contenido de una norma, diciendo lo mismo pero de manera diferente.

En ambos casos, el deudor que hubiese renunciado a la prescripción no tiene derecho al reembolso contra los codeudores favorecidos con la prescripción declarada. ¿Qué de indispensable tiene cambiar esta norma, si en ambos casos se dice (y se entiende) lo mismo?

Código Civil de 1984
“Artículo 1204.- Si alguno de los codeudores

es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.

Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1204.- *Insolvencia*

1. Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, incluyendo al que hizo el pago, de acuerdo con sus intereses en la obligación.
2. Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.
3. El deudor solidario que soporta la insolvencia de otro, conserva el derecho a reclamarle posteriormente el reembolso de lo pagado, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”.

El primer párrafo del Proyecto de Reforma añade la frase “incluyendo al que hizo el pago”. Esto nos parece evidente, y así se desprende de la actual redacción del numeral 1204, porque si esta norma señala que “su porción se distribuye entre los demás”, **se refiere a todos los otros codeudores**. El tema está tan claro, que aquí no hay nada que aclarar.

De otro lado, el tercer párrafo también resulta innecesario, ya que este derecho, sin necesidad de mencionarlo expresamente, se encuentra vigente y apto para que sea exigido cuando el deudor así lo considere oportuno.

TÍTULO V TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO ÚNICO CESIÓN DE DERECHOS

Código Civil de 1984
“Artículo 1207.- La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1207.- <i>Formalidad</i> 1. La existencia y contenido de la cesión pueden probarse por cualquiera 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.

2. Cuando la cesión se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad”.

El actual contenido del primer párrafo del artículo 1207 tiene por finalidad otorgar certeza jurídica respecto a la celebración de una cesión. Nada impide que dicho acto se protocolice y hasta se inscriba en el registro correspondiente. Sin embargo, lo que propone el Proyecto de Reforma contraviene frontalmente esa seguridad jurídica que el actual artículo 1207 pretende brindar.

Dice el proyecto que la cesión se puede probar por cualquier medio que permite la ley. Con esto se arrebata la certeza jurídica que esta figura, de tanta importancia, debe poseer.

De otro lado, el segundo párrafo del proyecto establece, *contrario sensu*, que cuando la cesión no se celebre a título de liberalidad, no deberá formalizarse por escrito. Nos preguntamos, ¿no es lógico que cuando exista una cesión a título oneroso, ésta deba celebrarse por escrito? ¿Qué sentido tiene hacer la distinción entre una cesión celebrada a título de liberalidad y otra celebrada a título oneroso? Lo importante, en todos estos casos, es que el deudor cedido tenga la certeza documental del acto de cesión. En ese sentido, la formalidad escrita resulta de enorme valía y utilidad para comprobar que quien está pretendiendo cobrar es, en verdad, el nuevo acreedor. Una vez más, el proyecto yerra al pretender modificar una norma que, tal cual se encuentra hoy concebida, es justa y salvaguarda la seguridad jurídica que toda cesión debe tener.

Código Civil de 1984

“Artículo 1209.- También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1209.- *Cesión de derechos sucesorios*

1. Los herederos y legatarios de parte alícuota pueden ceder total

o parcialmente sus derechos de participación en la sucesión indivisa.

2. El cesionario sucede al cedente en las obligaciones patrimoniales sucesorias de éste.
3. En la cesión que se haga sin especificación de los bienes y derechos que componen la sucesión indivisa, se responde sólo como enajenante de cosa ajena si no fuera cierta la calidad sucesoria.
4. Salvo disposición testamentaria distinta, los coherederos y, en su caso, colegatarios, tienen preferencia absoluta entre sí, y de acuerdo a su cuota, para la adquisición de la cuota indivisa que uno de ellos desee transferir por cualquier título a quien no sea cosucesor.
5. Si la cesión a quien no sea cosucesor es a título oneroso, se aplican las disposiciones del retracto en cuanto sean pertinentes”.

El artículo 1209 constituye una norma que no ofrece problema alguno. Un precepto que no ofrece conflictos no tiene por qué ser modificado; después de todo, ¿para qué pretender “arreglar” algo que funciona muy bien?

Sin embargo, parece que esto no está claro para la “Comisión Reformadora”, ya que con su propuesta se señala que una norma que no ofrece dificultades y que, evidentemente, contempla el principio general de la posibilidad de ceder derechos sucesorios o derechos hereditarios, debe ser modificada, complicándola por medio de su reglamentación.

Así, la modificación que dice ser absolutamente indispensable, no es sino una manifestación más de la mala práctica de querer establecer, uno por uno, los supuestos que la norma vigente ya abarca de manera general.

¿Cuál es la necesidad de detallar los derechos sucesorios que se pueden ceder? Pues ninguna.

El inciso 1 que se propone, establece que los herederos y legatarios de parte alícuota pueden ceder total o parcialmente sus derechos de participación en la sucesión indivisa. ¿Acaso esto no calza en el supuesto del actual artículo 1209, que establece que también puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado?

De la misma manera, al estipular el inciso 2 que el cesionario sucede al cedente en las obligaciones patrimoniales sucesorias de éste, ¿no estamos en presencia del mismo supuesto que regula el actual artículo 1209?

Finalmente, los supuestos de hecho regulados en los incisos 3, 4 y 5 son más que evidentes. Nuevamente, el Proyecto de Reforma cae en la reiteración y en ese ánimo de regular de manera innecesaria algo que siempre se ha tenido claro.

Código Civil de 1984
<p>“Artículo 1210.- La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor.</p> <p>El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1210.- <i>Nulidad e ineficacia de la cesión. Excepciones</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La cesión será nula cuando se opone a la ley o a la naturaleza de la obligación o de su objeto. Será ineficaz si se opone al pacto con el deudor, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente. 2. El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión no es oponible al cesionario, salvo que conste del instrumento por el que se constituyó la obligación o se pruebe que el cesionario conocía dicho pacto al momento de la cesión”.

La norma vigente establece tres supuestos en los cuales la cesión de derechos no se encuentra permitida. Ellos son los siguientes:

- Cuando se oponga a norma legal de carácter imperativo o prohibitivo.* Este supuesto no requiere mayor explicación.
- Cuando se oponga a la naturaleza de la obligación.* El segundo caso en el cual no se puede ceder sin asentimiento del deudor, es aquel en que la obligación es *intuitu personae* con respecto del acreedor.

No importa si la obligación es *intuitu personae* con respecto al deudor, pues

en definitiva el deudor no cambia como consecuencia de la cesión; es siempre el mismo y, además, tiene que ejecutar la misma prestación. Sin embargo, sí resulta relevante, a efectos de determinar si se requiere o no del asentimiento del deudor cedido, si la obligación es *intuitu personae* con respecto del acreedor, es decir, si en esa obligación sí resulta significativo quién es el acreedor, en la medida en que posee ciertas condiciones o cualidades personales.

Si el deudor es un pintor famoso y el acreedor le ha encargado pintar un paisaje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, no interesa en realidad quién sea el acreedor pues, cualquiera que fuere, únicamente podrá exigir el cumplimiento de la prestación pactada originalmente. El acreedor cesionario no podría exigir que el deudor pintara otro paisaje, debido al principio de identidad. La cesión del crédito sería, en estricto, irrelevante para el deudor cedido.

Por el contrario, sí sería importante si se hubiera pactado, por ejemplo, que el deudor cedido tuviera que representar un monólogo ante el acreedor, que es un famoso productor de cine que podría abrirle las puertas en el mundo de la actuación. En ese caso, la cesión del crédito es relevante para el deudor si el cesionario le cede su crédito a un perfecto desconocido que nada sabe de interpretación.

- Cuando exista pacto celebrado entre el acreedor y el deudor de la obligación por el cual se prohíba que el acreedor ceda sus derechos a una tercera persona, ajena a la relación obligacional.* Dentro de este último supuesto, el Código nacional establece que el pacto por el cual se prohíbe o restringe la cesión, es oponible por el deudor en dos casos: (i) al cesionario de buena fe (aquel que desconocía la existencia de la cesión), si constase dicha prohibición en el instrumento por el que se constituyó la obligación; y, (ii) si se prueba que el cesionario conocía la prohibición o restricción al tiempo de concertarse la cesión de derechos.

Debe entenderse que este segundo caso no constituiría una hipótesis en que el cesionario hubiera actuado de buena fe, ya que, tal como se establece en la última parte del segundo párrafo del artículo 1210, se le podría oponer la excepción de *inesibilidad* si se probase que tal cesionario conocía, al tiempo de celebrarse la cesión de derechos, la existencia de la prohibición.

Como la norma prescribe que el deudor podría oponerse a la cesión si él y el acreedor hubieran celebrado un pacto por el cual se prohibía ceder el crédito, si aquella se realizara, sólo sería válida en el supuesto en que el deudor lo consintiera.

Entonces, si el deudor y el acreedor hubieran pactado la prohibición de ceder el crédito, para que el acreedor ceda el crédito necesitará del asentimiento del deudor, con lo cual 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 el pacto de prohibición de ceder.

Como se puede observar, la actual redacción del artículo 1210 abarca tanto los supuestos de invalidez como de ineficacia. Ambos son aspectos estructurales y funcionales que siempre estarán presentes en un acto como el de la cesión. Así, resulta innecesario modificar este artículo de la manera como establece el Proyecto de Reforma, ya que éste, una vez más, pretende reglamentar una prohibición que es clara, práctica y muy eficaz.

Por otro lado, se propone la modificación del segundo párrafo del artículo 1210, sugiriéndose que se elimine la expresión “buena fe”.

Debemos admitir que en este caso sí se estaría corrigiendo un error del legislador de 1984; no obstante, creemos conveniente señalar que, en realidad, a nivel de operadores jurídicos, dicho error no genera inconvenientes, de donde se sigue que la modificación, aunque acertada, no sería indispensable¹⁴.

Código Civil de 1984
“Artículo 1216.- El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1216.- <i>No liberación del deudor</i> El deudor que antes de la comunicación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada”.

El Proyecto de Reforma suprime la referencia al caso de la aceptación de la cesión por parte del deudor (cedido) en el supuesto en que para la validez de la cesión sea necesaria la aceptación del deudor cedido.

Entonces, se dice que no debería incluirse la frase “o de la aceptación”, en la medida en que si se requiriese de aceptación para que se produzca la cesión, es decir, para que ésta sea válida, en realidad, con todo derecho, ese deudor habría podido pagar a su acreedor de siempre, con lo cual no habría infringido ninguna norma, a pesar de que hubiese tenido conocimiento de la cesión realizada; cesión que, por requerir el asentimiento de él, es decir, por ser una cesión tripartita, no era una cesión que pudiese serle opuesta al deudor cedido.

No obstante, la modificación planteada es inútil, pues la afirmación contenida en el artículo en vigencia es cierta y no ofrece dificultad alguna.

¹⁴ En este mismo sentido se pronunció uno de los autores de este ensayo, Mario Castillo Freyre. Ver: CASTILLO, Mario. “Por qué no se debe reformar el Código Civil”. Op. cit. p. 402.

SECCIÓN TERCERA
EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

TÍTULO II
PAGO

CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

Código Civil de 1984
“Artículo 1221.- No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen. Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1221.- <i>Indivisibilidad del pago</i> 1. No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen. 2. Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir al acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda. 3. Se entiende por parte líquida la expresada en una cifra numérica precisa o que pueda liquidarse mediante simples operaciones aritméticas sólo con los datos que proporcione el título de la obligación”.

Un Código Civil no tiene por objeto otorgar significado a determinadas instituciones o términos jurídicos que en la práctica académica y profesional resultan de significado inmensamente conocido. No tiene por qué hacerlo, ya que ésa no es su función.

Al parecer, el Proyecto de Reforma no tiene esto claro. Una vez más, no creemos que esta modificación resulte ni necesaria ni mucho menos indispensable; por el contrario, degrada la categoría que un cuerpo normativo como el Código Civil debe tener.

Código Civil de 1984
“Artículo 1225.- Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión

del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1225.- *Pago al acreedor aparente*
Es válido el pago hecho de buena fe a persona que, de modo aparente, goza verosímelmente de la calidad de acreedor, aunque luego se establezca que carecía de ella”.

El Proyecto de Reforma sigue, una vez más, la línea esbozada por uno de los coautores de este trabajo¹⁵.

De esta forma, el artículo propuesto pretende aclarar el sentido de la actual expresión “posesión del derecho de cobrar”, y otorgar una mayor propiedad al lenguaje.

Sin embargo, no creemos que su modificación sea indispensable ya que, tal cual se encuentra redactado en la actualidad el artículo 1225, posee un contenido coherente y acertado. Si bien es cierto que la expresión que se propone es más clara, entendemos que el propósito de reforma aparentemente se centraba en temas necesarios, no en tentaciones académicas nuestras de hace trece años.

Código Civil de 1984
“Artículo 1229.- La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1229.- <i>Prueba del pago</i> 1. En las obligaciones con prestación de dar y de hacer, la prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado. 2. En las obligaciones con prestación de no hacer, si el acreedor alega el incumplimiento del deudor, le corresponde probarlo”.

En materia de prueba, es principio de Derecho que quien alega un hecho debe probarlo. Resulta evidente que el deudor sólo puede probar el pago cuando éste consiste en un hecho positivo; pues de lo contrario le estaríamos imponiendo una prueba diabólica (la de probar un hecho negativo u omisión). Es evidente que en las obligaciones de no hacer, la prueba del no pago corresponderá al

¹⁵ CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas”. Op. cit. p. 751.

acreedor que alegue el incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Esto siempre se ha entendido así y no tiene sentido el jugar a legislar sobre lo evidente.

Código Civil de 1984
“Artículo 1233.- La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso”
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1233.- <i>Pago con títulos valores</i> 1. La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, extinguirá la obligación primitiva sólo cuando hubiesen sido pagados, salvo pacto en contrario o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. 2. Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso. 3. La obligación primitiva se extingue igualmente cuando el acreedor transmite el título a un tercero”.

Si algo podemos señalar respecto al contenido del artículo 1233, es que éste no especifica que la entrega del título valor debe realizarse en calidad de pago. La norma, aplicable a los títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, se limita a referirse expresamente a la “entrega” de títulos valores, regulando, en todo caso, los efectos de esta entrega.

Lo cierto, sin embargo, es que la norma resulta aplicable justamente para los casos en que las partes no han pactado expresamente que la entrega del título valor importa el pago mismo de la obligación o su novación.

Es decir, de acuerdo a la regla recogida en la norma, la entrega de títulos valores no produce los efectos del pago ni la novación de la obligación. La obligación primitiva representada en el título valor sólo se

extinguiría si efectivamente la obligación cambiaria fuese pagada o si el título valor se perjudicara por culpa del acreedor.

En ese orden de ideas, constituye un grave error sostener que, para que sea aplicable el artículo 1233, resulta necesario que los títulos valores se entreguen como “pago” y no como representación de una obligación principal.

De acuerdo al propio texto de la norma, ella resulta justamente aplicable cuando la entrega del título valor no constituye un “pago” en sí mismo, en la medida de que no extingue la obligación primitiva a la que representa ese título valor.

Al respecto, conviene destacar que, por definición, un título valor que representa una orden o promesa de pago, representa una obligación primitiva que puede consistir, por ejemplo, en un préstamo de dinero.

Uno de los coautores de este ensayo, Felipe Osterling Parodi, autor del Proyecto de Libro de Obligaciones del Código Civil de 1984, se pronuncia en este sentido, al resaltar que la aplicación de la regla prescrita en el artículo 1233 supone dos requisitos¹⁶:

- a) Que el acreedor consienta en recibir del deudor títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago.
- b) Que entre el acreedor y el deudor no haya estipulación, en el sentido de que la sola entrega de tales documentos extinga la obligación primitiva.

En ese sentido, la norma contenida en el artículo 1233 tiene por finalidad incentivar una conducta diligente del acreedor que ha recibido un título valor que representa una orden o promesa de pago.

De otro lado, resulta importante poner énfasis que en ningún momento la norma restringe su aplicación a los casos en que los títulos valores han circulado.

Partiendo de esa constatación y del principio de Derecho según el cual no puede distinguirse donde la ley no distingue, no nos cabe duda de que el artículo 1233 no se aplica sólo en

¹⁶ OSTERLING, Felipe. “Las Obligaciones. Biblioteca Para leer el Código Civil”. Volumen VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988. p. 133.

los casos en que el título valor entregado por el deudor primitivo a su acreedor, ha sido entregado a un tercero por este último.

Pero eso no es todo. Si nos remitimos a la propia génesis del precepto, llegamos a la misma conclusión.

Al respecto, cabe citar nuevamente las palabras de uno de los coautores de este ensayo, Felipe Osterling Parodi, cuando señala que¹⁷: “Es conveniente aclarar que el texto legal se aplica a los documentos a cargo de terceros, es decir, a aquéllos aceptados, girados o suscritos por terceras personas y transferidos por el deudor al acreedor mediante entrega o endoso. Se aplica también a aquellos otros aceptados, girados o suscritos únicamente por el deudor, al portador o a la orden del acreedor, que el deudor entrega a éste, esto es, a aquellos documentos en que la relación cambiaria se circunscribe al deudor y al acreedor, sin intervención de terceras personas”.

Como se observa, ya la génesis y la voluntad del legislador de 1984 concebían lo que el proyecto desea incluir a través de su tercer párrafo. ¿Acaso quienes propugnan esta reforma no han leído la Exposición de Motivos del Libro de Derecho de las Obligaciones, para darse cuenta de que la situación que se plantea como novedosa y necesaria, no lo es?

Código Civil de 1984
“Artículo 1238.- El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso. Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1238.- <i>Lugar de pago</i> El pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Designados varios lugares para el pago, el deudor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al acreedor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del deudor”.

Como ya se mencionó anteriormente, no entendemos ese afán por desterrar del código la regla del *favor debitoris*, cuando ésta es aplicada en su justa medida.

Si de lo que se trata es que sea el domicilio del acreedor el lugar donde se deba realizar el pago, basta con que esto se estipule en el contrato que contiene la obligación. No debemos olvidar que es el acreedor quien tiene interés en que se pague la obligación, de ahí que la regla, lógica y justa, sea que el pago se haga en el domicilio del deudor.

Esta propuesta la hace la “Comisión Reformadora” recogiendo las críticas que le hizo uno de los coautores de este trabajo, cuando comentaba que si la entonces Comisión formal proponía convertir en regla la mora automática, ello no funcionaría si no se cambiara la regla relativa al lugar de pago.

Más allá de reclamar nuestros derechos de autor, nos oponemos a que se modifique el artículo 1238 en vigor, así como también nos pronunciamos a favor de que continúe vigente la regla del actual artículo 1333, relativa a la mora por intimación, como veremos oportunamente.

CAPÍTULO SEGUNDO PAGO DE INTERESES

Código Civil de 1984
“Artículo 1246.- Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1246.- <i>Interés por mora</i> 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

¹⁷ OSTERLING, Felipe. “Las Obligaciones”. Op. cit. p. 134.

se debían intereses, ellos continuarán devengándose después del día de la mora con la calidad de intereses por mora, sumados al interés legal”.

El artículo 1246 ha previsto un orden entre los tipos de interés que, a partir de la constitución en mora del deudor, habrán de devengarse en calidad de intereses moratorios. Dichos intereses son, en primer lugar, el convencional compensatorio y, en segundo término, el legal.

Así, conforme al aludido precepto, de no haberse acordado el interés moratorio, el deudor debe pagar el interés compensatorio pactado, el mismo que se devengará a partir de la fecha de la constitución en mora como interés moratorio. Sólo en ausencia del interés convencional compensatorio, el deudor pagará el interés legal en calidad de moratorio.

En este orden de ideas, es necesario precisar que el mandato del artículo 1246 debe ser concordado con el artículo 1324 del propio Código Civil. De este modo, cuando no se ha pactado el interés moratorio, el deudor sólo estará obligado al pago del interés convencional compensatorio, en tanto que su monto sea mayor al de los intereses legales.

Dice el artículo 1324 del Código Civil que: “Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios”.

Así, desde la fecha en la que se constituyó en mora al deudor, el acreedor tiene derecho a exigir el pago del interés convencional compensatorio que venía devengándose antes de la mora –pero en calidad de interés moratorio– siempre que no se haya convenido el interés moratorio, y en la medida en que la tasa de interés compensatorio pactada sea mayor a la tasa del interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1244 del Código Civil.

En este sentido, expresa Cárdenas Quirós¹⁸ que el precepto contenido en el artículo 1246 se vincula con el artículo 1324 del Código Civil, el cual regula específicamente el interés que devengan las obligaciones de dar sumas de dinero en el supuesto de mora del deudor.

Así, en este último caso, el interés legal constituye el resarcimiento por el incumplimiento del deudor, esto es, por la falta de entrega oportuna de la suma de dinero al acreedor.

De otro lado, precisa advertirse que, a primera vista, el mandato legal del artículo 1246 del Código Civil parecería no revestir mayor dificultad. Empero, es éste otro de los temas más controversiales del llamado interés convencional; ello, en razón a que no existe un criterio unívoco respecto del interés que el deudor se encuentra obligado a pagar a partir de la mora.

Sobre el particular se ha dicho que una vez producido el incumplimiento de la obligación principal, no es posible hablar de interés compensatorio, ya que éste, al tener por disposición de la ley la función de compensar el uso del dinero o cualquier otro bien, sólo procedería aplicarse durante la vigencia del plazo establecido en el contrato para el cumplimiento de la obligación; esto es, cuando el deudor, en virtud del título de la obligación contraída, mantiene legítimamente en su poder el dinero o el bien entregado por el acreedor. En consecuencia, el interés generado a partir del incumplimiento únicamente podría ser interés moratorio.

Debe precisarse que esta posición sostiene que el interés generado a partir del incumplimiento es únicamente el moratorio, atendiendo a la distinta finalidad que corresponde desempeñar al interés compensatorio y al moratorio, pues ésta los hace excluyentes entre sí. De este modo, no se considera correcta la solución planteada al desdoblamiento del interés generado a partir de la mora, en un interés compensatorio y en uno moratorio.

Por consiguiente, se sostiene, los intereses compensatorios corren hasta la fecha de

¹⁸ CÁRDENAS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”. Tomo II. Lima: Librería Studium. 1991. p. 249.

la constitución en mora, pues ésta tiene la virtud de suspender el curso de aquéllos. En consecuencia, el interés moratorio no es susceptible de adicionarse al interés compensatorio o, en su defecto, al legal.

El interés compensatorio, entonces, sólo debe generarse durante el plazo que acreedor y deudor han acordado para el pago. Producida la mora, el único interés que corresponde aplicar debe ser el moratorio.

Una posición distinta sostiene que el interés sobreviniente al incumplimiento puede distinguirse en dos componentes: uno compensatorio y el otro moratorio. En tales términos, el interés moratorio podría cobrarse en forma adicional al compensatorio. Por ello se ha dicho que a partir del incumplimiento el interés a pagar es la sumatoria del interés compensatorio —o, en su defecto, el legal— y del interés moratorio.

Esta opinión considera que correspondiendo los intereses compensatorios al uso que se hace de un dinero o bien ajeno, aquéllos deberán seguir su curso, en tanto el deudor no pague lo adeudado al acreedor.

Conforme a las consideraciones que venimos analizando, el interés sobreviniente al incumplimiento de la obligación principal, ante la ausencia de un interés convencional moratorio, es el interés compensatorio pactado o, en su defecto, el interés legal.

Creemos, sin embargo, que la polémica generada en torno a este tema debe resolverse desde la perspectiva que desarrollamos a continuación.

La cuestión de fondo no está por el lado de la diversa finalidad que asiste a cada tipo de interés o por la posible incompatibilidad entre uno y otro. Debemos atenernos, únicamente, al tipo de devengo de las distintas clases de interés.

En este sentido, precisa recordarse que el interés compensatorio se devenga sólo cuando se haya pactado, a diferencia del interés moratorio, al que asiste un devengo convencional o, en su defecto, legal. Por su parte, el interés legal se devenga por mandato de la ley.

De lo dicho hasta el momento, pueden

observarse los siguientes supuestos:

- a) Cuando las partes hayan acordado únicamente el pago de un interés compensatorio, éste se devengará hasta la fecha del pago efectivo, salvo que, por incurrir el deudor en mora, sean de aplicación los artículos 1246 y 1324 del Código Civil, de modo que a partir de la fecha en que el deudor esté incurrido en mora se devengará el interés compensatorio pactado en calidad de moratorio, si éste es mayor al interés legal.

No obstante lo expresado, si el interés legal fuese superior al interés convencional compensatorio —conforme hemos venido anotando—, será dicho interés legal el que deberá devengarse como moratorio hasta la fecha del pago efectivo.

- b) *Si sólo se pactó interés moratorio.*
En caso que sólo se hubiera convenido el pago de intereses moratorios a partir de la fecha en que esté en mora el deudor, únicamente se devengarán los intereses convencionales moratorios hasta el día del pago.

- c) *Si no se pactó interés compensatorio ni moratorio.*
En el supuesto en que las partes no hubiesen acordado el pago de un interés compensatorio ni moratorio, producida la mora deberá devengarse el interés legal en calidad de interés moratorio, por ser de aplicación lo dispuesto en los artículos 1246 y 1324 del Código Civil peruano.

- d) *Si se pactaron intereses compensatorios y moratorios.*

Cuando las partes pacten previa y diligentemente el devengo de un interés compensatorio, a fin de obtener una retribución o ganancia que compense el costo de oportunidad del capital prestado y, además, un interés moratorio, con la finalidad de que este último indemnice los daños que una posible mora en el pago pueda ocasionar, la ley premia esa diligencia permitiendo que, después de la constitución en mora del deudor, ambos tipos de interés se devenguen sobre el capital.

En consecuencia, en el caso en que exista un pacto expreso sobre el cobro de intereses compensatorios y moratorios, el acreedor, a partir de la fecha en que incurra en mora el deudor, recibirá un interés efectivo adicional al compensatorio, mediante el cual se sanciona al deudor incumplido y se indemniza al acreedor perjudicado.

En este sentido, una nota aclaratoria del Banco Central de Reserva del Perú (publicada en mayo de 1991 en el diario oficial “El Peruano” y en otros medios de comunicación locales) respecto a la determinación del interés moratorio, señala que éste se cobra sólo cuando se haya pactado, a partir de la fecha en que el deudor incurre en mora, sin perjuicio del cobro del interés convencional compensatorio y de las comisiones autorizadas y pactadas que se perciben sobre el saldo del capital impago, aun cuando el plazo no esté vencido o, en su caso, sin perjuicio del interés legal.

Se precisó, además, que el interés moratorio se cobra únicamente sobre el monto de la deuda correspondiente al capital impago cuyo plazo esté vencido. Por tanto, en los casos en que la devolución del préstamo se efectúe por cuotas, el cobro del interés moratorio procede sólo sobre la parte correspondiente al capital de las cuotas vencidas e impagas, mientras éstas se mantengan en tal situación.

Estas consideraciones fueron complementadas por la Circular 021-2007-BCRP, publicada con fecha 30 de septiembre de 2007.

Se ha dicho que la decisión del Banco Central de Reserva del Perú de mantener diferenciada la tasa de interés compensatorio de la tasa de interés moratorio, de manera que esta última pueda adicionarse a la primera cuando el deudor incurra en mora, obedece a que ha sido práctica comercial generalizada aplicar el cálculo de la mora por encima de los intereses compensatorios.

Dicho esto, teniendo en cuenta que el artículo 1246 del Código Civil resulta plenamente coherente y necesario, no entendemos por qué se desea eliminar el pago de intereses compensatorios (como tales), contrariando, además, la generalizada práctica jurídica al respecto. La “presentación” del Proyecto de Reforma no lo dice. Por lo demás, tal como lo hemos demostrado, creemos que el contenido del actual artículo 1246 obedece

a las necesidades del tráfico comercial y es concordante con las normas que el Código Civil tiene sobre el particular. No existe, pues, argumento que vaya en contra de lo que acabamos de explicar.

De otro lado, la adición del interés legal a los antiguos intereses compensatorios (que se devengarían a título de intereses moratorios), constituiría un premio al acreedor negligente (que no pactó de modo preciso los intereses) y un castigo para el deudor.

Código Civil de 1984
“Artículo 1249.- No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1249.- <i>Capitalización de intereses</i> 1. Puede pactarse la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo disposición legal diferente. 2. A falta de pacto previo, puede acordarse la capitalización de intereses, siempre que medie no menos de seis meses de atraso en el pago de los intereses. 3. En los casos de los párrafos 1 y 2, el convenio debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad”.

Debemos recordar que el régimen de intereses en el Perú prevé un tratamiento diferenciado para las operaciones de crédito que realizan las entidades del sistema financiero nacional y para aquellas operaciones celebradas entre particulares.

En efecto, las normas aplicables en materia de intereses difieren en función de la condición del agente que realiza la operación de crédito. Es por tal razón que el artículo 1249 del Código Civil exceptúa del principio que prohíbe la capitalización anticipada de intereses a las cuentas mercantiles, bancarias o similares.

De acuerdo con lo expresado, es lícito en las operaciones del sistema financiero, el convenio sobre capitalización anticipada de intereses, sobre todo cuando desde 1991 (y a diferencia de lo que ocurría al momento de entrada en vigencia del Código, en 1984), los intereses se expresan en tasas efectivas, las mismas que por definición implican la

capitalización permanente de los intereses generados.

De este modo, el pago de intereses (compensatorios o moratorios) en el sistema financiero se efectuaría de dos maneras. Si se hubiese pactado capitalización de intereses, estos últimos se adicionarían al capital para que al vencer el período de capitalización, aquél –incrementado por los intereses– pueda ser liquidado. En el supuesto de mora del deudor, el interés moratorio se computará sobre el capital reajustado, adicionándose a éste mientras la mora persista. De no haberse convenido anatocismo, los intereses pactados únicamente se computarán sobre el capital original, debiendo ser pagados en la periodicidad acordada. Sin embargo, ello –en estricto– no resultaría necesario en el medio peruano.

La prohibición de capitalizar intereses, contenida en el artículo 1249 del Código del Perú, está dirigida al plano contractual como limitación a la autonomía de la voluntad, a fin de impedir abusos por parte del acreedor dentro del campo de la contratación. De allí se establece que no se puede pactar, desde el momento en el que se contrae una obligación, la capitalización de los intereses, salvo que un agente del sistema financiero se encuentre involucrado. Esto, naturalmente, en caso la tasa de interés pactada entre los particulares fuese nominal, pues en caso fuere efectiva, la capitalización de los intereses estaría implícita.

Dicho esto, creemos que la reforma que se propone carece de toda utilidad práctica.

Código Civil de 1984
“Artículo 1250.- Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
Artículo 1250.- Se deroga.

A través del proyecto de artículo 1250, se plantea derogar la norma en vigencia.

El precepto dispone que el convenio puede celebrarse sólo después de contraída la obligación, por escrito y siempre que medie

no menos de un año de atraso en el pago de intereses. El artículo se refiere, por consiguiente, a intereses vencidos y no por devengarse.

El pacto posterior sobre anatocismo debe versar únicamente sobre intereses exigibles, toda vez que nuestra legislación –en el artículo 1249 del Código Civil– prohíbe el anatocismo sobre intereses futuros, esto es, sobre aquéllos que no han vencido al tiempo en que se intenta su capitalización; ello, naturalmente, en caso de que la tasa estuviese pactada en términos nominales y no efectivos.

De este modo, resulta que los contratantes –al estipular dicho pacto– tendrán en consideración el vencimiento de los intereses, es decir, el tiempo en el que éstos devienen en exigibles.

También debemos precisar que la capitalización de intereses prevista por el artículo 1250 del Código Civil, únicamente podrá llevarse a cabo por acuerdo de ambas partes, es decir, si ellas deciden celebrar un contrato (convenio) en tal sentido. De ningún modo se puede efectuar de manera unilateral.

Dicho esto, y teniendo en cuenta que los intereses hoy en día se expresan mayoritariamente en tasas efectivas y no nominales, la modificación que se propone carece de cualquier interés práctico.

CAPÍTULO CUARTO IMPUTACIÓN DEL PAGO

Código Civil de 1984
“Artículo 1259.- No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1259.- <i>Imputación legal</i> No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada, y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la que venza primero. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente”.

El artículo vigente dispone que de existir varias obligaciones de la misma naturaleza, con prestaciones homogéneas, el pago efectuado se imputará a la menos garantizada. Esta presunción tiene el propósito de proteger al acreedor de una posible insolvencia del deudor.

El Código añade que de existir dos o más deudas igualmente garantizadas, se imputará el pago a la más onerosa para el deudor. Cabe señalar que resulta necesario hacer esta distinción, ya que podríamos encontrarnos ante una obligación de monto menor pero de intereses mayores y ante otra de monto mayor pero de intereses menores. Para efectuar la imputación precisaría verificar, mediante cálculos matemáticos, cuál de las dos obligaciones es la que genera mayores intereses. En suma, el tema de la onerosidad está directamente relacionado con la prestación cuyo discurrir genera más cargas para el deudor. De ahí la necesidad de otorgarle un tratamiento diferenciado.

Por otra parte, también se señala que de existir varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, el pago se imputará a la más antigua. Queda claro que ante la encrucijada de optar entre cuál de las obligaciones es la que se extingue primero, en la generalidad de los casos resulta plenamente razonable que sea aquella de mayor antigüedad. Por lo demás, no ha habido discusión en la doctrina nacional, en los casi 27 años de vigencia del Código Civil, en el sentido de que debe entenderse que la deuda más antigua es aquella que venció primero, es decir aquella que antes resultó exigible; y no la deuda que se contrajo primero, naturalmente, si ella no resulta exigible en primer lugar.

Así, pues, no entendemos el sentido de la propuesta realizada por el Proyecto de Reforma, ya que, como se ha visto, las distinciones realizadas por el artículo vigente resultan necesarias debido a gran variedad de supuestos que en la práctica se pueden presentar.

CAPÍTULO SEXTO DACIÓN EN PAGO

Código Civil de 1984
“Artículo 1265.- El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1265.- <i>Concepto</i> 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”.

Pese a la postura que tenemos respecto a la verdadera utilidad de la figura de la dación en pago, ya que creemos que se trata simplemente de una novación objetiva seguida de pago, somos de la opinión de que el contenido del actual artículo 1265 es idóneo y cumple con la función para la que esta figura ha sido concebida.

Una vez más, el Proyecto de Reforma quiere decir lo mismo que el artículo vigente, sólo que de manera distinta. De esta forma, salta la vista la innecesaria propuesta realizada, ya que el artículo 1265 no requiere modificación alguna.

Por lo demás, en el terreno teórico lo que se está haciendo es tomar partido por aquella posición que siempre sostuvimos¹⁹, en el sentido de que toda dación en pago implica novación, naturalmente salvo los supuestos comprendidos en el artículo 1279 del Código Civil, relativos a cambios accesorios, excepción que, por lo demás, no es hecha en la implícita dación en pago novatoria del artículo 1265 del proyecto.

Código Civil de 1984
“Artículo 1266.- Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
Artículo 1266.- Se deroga

¹⁹ OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 604 y siguientes.

Debemos señalar que esta idea de reforma corresponde a los autores de estas páginas y ha sido planteada por nosotros desde 1998²⁰.

Creemos adecuada la derogación de este numeral porque su contenido carece de sentido y conduce a erróneas interpretaciones.

Capítulo séptimo Pago indebido

Código Civil de 1984
“Artículo 1271.- El que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1271.- Buena fe El que de buena fe recibe un bien indebidamente hace suyos los frutos percibidos y responde de su pérdida o deterioro en cuanto por ellos se hubiese enriquecido”.

Creemos que el artículo 1271 vigente del Código Civil constituye un supuesto de excepción al artículo 908 del citado cuerpo legal, según el cual “[e]l poseedor de buena fe hace suyos los frutos”.

Es claro que los intereses a que se refiere el precepto bajo análisis son los legales de naturaleza compensatoria, que se devengan cuando el objeto del pago indebido consiste en capitales.

Obsérvese que el Código Civil establece la diferencia –en el texto del artículo 1271– entre los intereses y los frutos, reconociendo la autonomía que de suyo corresponde a aquéllos.

En cuanto a los frutos, conviene precisar que el Código Civil otorga un tratamiento propio a quien de buena fe recibe el pago indebido, disponiendo que el *accipiens* sólo se encuentra obligado a restituir los frutos realmente percibidos.

El fundamento del precepto legal en lo relativo a los frutos, tiene como base la regla general de que éstos pertenecen al propietario,

productor y titular del derecho.

Resulta evidente que ante la desposesión que supone un pago indebido, mientras no se recupere el bien, el propietario del mismo –quien pagó indebidamente– no percibirá fruto alguno. Por ello, la ley civil peruana ha dispuesto no sólo la restitución del bien, sino también la de los frutos.

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que el artículo 1271 del Código Civil constituye un supuesto de excepción al artículo 908 del citado cuerpo legal.

En efecto, quien acepta un pago indebido de buena fe se encuentra obligado a restituir los frutos percibidos durante el tiempo en que poseyó el bien, no obstante su buena fe.

Esto es así por la posesión ilegítima de quien aceptó dicho pago. Adviértase, sin embargo, que dicha posesión se sustenta únicamente en un pago indebido.

Conviene mencionar, además, que sobre la base de lo prescrito por el artículo 895 del Código Civil, cuando la norma bajo análisis hace referencia a los frutos, se entiende comprendidos en ellos a los productos, de suerte que, además de los frutos propiamente dichos, los provechos renovables y no renovables de un bien también son objeto de la restitución.

Por otra parte, cuando el bien objeto del pago indebido no consista en capitales o bienes productivos, el precepto, en cuanto a intereses y frutos se refiere, no resultaría aplicable, de modo que quien hubiese aceptado un pago indebido de buena fe sólo respondería por la pérdida o deterioro del bien, siempre que se hubiese enriquecido por estos hechos.

Conforme al artículo 1271 del Código Civil, quien acepta un pago indebido de buena fe responde de la pérdida o deterioro del bien “en cuanto por ellos se hubiese enriquecido”, esto es, en tanto tal pérdida o deterioro pudiera haberle significado un incremento patrimonial.

Este beneficio podría configurarse, por ejemplo, cuando el bien objeto del pago indebido

²⁰ OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de las Obligaciones”. Op. cit. p. 68; y, OSTERLING, Felipe y Mario, CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 619 y siguientes. En este mismo sentido se pronuncia Mario Castillo Freyre. Ver: CASTILLO, Mario. “Tentaciones académicas”. Op. cit. p. 783.

se encontrase asegurado y quien aceptó dicho pago recibiera por concepto de su pérdida o deterioro una indemnización; o cuando quien recibe un pago indebido pudiese subrogarse contra tercero para exigirle, por la pérdida o deterioro del bien, el pago de una reparación.

La última cuestión, a modo de comentario final, es la relativa al ámbito de aplicación del artículo 1271 del Código nacional.

Es claro que si un verdadero acreedor, actuando de buena fe, recibe el pago indebido de un tercero y, a través de alguna de las conductas previstas por el artículo 1268, deteriora o deja extinguir su acción contra el verdadero deudor, el artículo 1271 del Código Civil, no le sería aplicable. En tal caso, quien pagó indebidamente sólo estaría en aptitud de accionar contra el verdadero deudor o sus garantes, y si la acción del acreedor contra ese verdadero deudor o sus garantes hubiera prescrito, éstos podrían oponer la excepción de prescripción correspondiente.

Situación distinta se configuraría si quien recibe de un tercero el pago indebido con buena fe, siendo titular de una acreencia, no incurre, a través de su conducta, en alguno de los supuestos previstos por el citado artículo 1268. En este caso, el artículo 1271 del Código Civil tendría plena aplicación.

Y la misma regla anotada en el párrafo anterior operaría en la hipótesis de quien recibe el pago indebido de buena fe, sin ser titular de derecho alguno por esa prestación contra tercero; es decir, careciendo de una acreencia que, por error, le fue pagada.

De esta forma, somos de la opinión que al tratarse de un supuesto en el cual se recibe un pago indebido, corresponde restituir todo aquello que se recibió en tal condición y, claro está, los frutos del bien, pues ellos deberían corresponder a su propietario, no a quien recibió de buena fe lo indebidamente pagado.

Sin embargo, obviamente, se trata de una opción legislativa.

Código Civil de 1984
“Artículo 1274.- La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago”.

Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1274.- <i>Prescripción de la pretensión</i> La pretensión de restitución de lo indebidamente pagado prescribe a los dos años de realizada la entrega”.

El plazo de prescripción previsto por el artículo 1274, de cinco años, constituye un supuesto de excepción a los plazos generales de prescripción a que se refiere el artículo 2001 del Código Civil, y él se ha instituido en homenaje a la seguridad jurídica y a los derechos de quien paga por error.

Una vez más, el Proyecto de Reforma no justifica esta propuesta. Es más, ésta tampoco resulta necesaria para que el tráfico comercial y las necesidades de los actores sociales se vean satisfechos. Por lo demás, la reducción del plazo perjudica notablemente los intereses de quien efectuó el pago por error. No han existido, en estos casi veintisiete años de vigencia del Código Civil, problemas prácticos ni teóricos con el plazo prescriptorio de cinco años, así como tampoco han habido propuestas doctrinarias de modificación de la norma. Si lo que se quiere es unificar el plazo con el de la anulación del acto jurídico por error, ello resulta una innecesaria precisión, al igual que modificar la palabra “acción” por “pretensión”.

TÍTULO III NOVACIÓN

Código Civil de 1984
“Artículo 1280.- En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1280.- <i>Novación por cambio de acreedor</i> 1. En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor. 2. Si no media tal asentimiento, se reputa que hay cesión de derechos”.

Creemos que resulta totalmente innecesario añadir el segundo párrafo al actual artículo 1280 del Código Civil, ya que nada prohíbe que en vez de una novación opere una cesión

de derechos, si los requisitos establecidos por el 1206 se cumplen en el caso en particular. Pero, si la intención fue la de celebrar una novación y no se produce el asentimiento del deudor, no debería optarse –como se propone– por la conversión del acto jurídico (de novación a cesión de derechos), pues a lo mejor esa no fue la intención de las partes.

TÍTULO V CONDONACIÓN

Código Civil de 1984
“Artículo 1295.- De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1295.- <i>Efectos</i> 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. Mientras tanto, el acreedor puede retractarse de ella, sin perjuicio del derecho de tercero”.

Respecto a lo establecido por el Proyecto de Reforma, debemos señalar que, en principio, por regla general el Derecho siempre salvaguarda el derecho de un tercero que se vea afectado por algún acto celebrado entre dos o más personas.

Por otro lado, resulta innecesario y hasta absurdo el contenido del segundo párrafo del proyecto, ya que es evidente que si el actual artículo 1295 habla de “prueba de haberse realizado la condonación”, se entiende que el deudor ya la ha aceptado, al ser la condonación un medio de extinción de obligaciones de carácter bilateral. ¿Alguien sostiene lo contrario?

La condonación es, pues, un acto bilateral, requiriéndose no sólo la manifestación de voluntad del acreedor, sino la aceptación del deudor, hasta cuyo momento no opera el efecto extintivo de la obligación. Queremos reiterar la importancia del asentimiento del deudor, ya que éste tiene derecho a cumplir su obligación. En caso contrario, dicho deudor

podría salir perjudicado no sólo moral sino económicamente, en particular cuando se trata de obligaciones de hacer. Esto es de clara evidencia y por ello la ley le otorga el derecho de recurrir al mecanismo del pago por consignación.

En ese sentido, no resulta conveniente la propuesta contenida en el Proyecto de Reforma.

Código Civil de 1984
“Artículo 1296.- La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes. La condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
Artículo 1296.- Se deroga.

El Proyecto de Reforma al Libro de Obligaciones plantea derogar el artículo 1296, señalando que su texto, si se tratase de garantes solidarios, como sería el caso de los cofiadores (solidarios por mandato del artículo 1886), es manifiestamente incompatible con la solución general del artículo 1188 del Código. Por tanto, entendemos que el propósito de la derogación es que la materia quede regulada por la norma general.

De esta forma, tratándose de garantes mancomunados, la cuestión quedará definida por lo establecido en el artículo 1173, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1182.

En nuestra opinión, con esta propuesta se incurre en un error conceptual, justamente por considerar que el artículo 1296 es incompatible con la solución general del artículo 1188 del código, en materia de condonación de obligaciones de carácter solidario.

El error más grave consiste en equiparar las consecuencias de la condonación frente a los codeudores solidarios y la condonación en el caso de los cofiadores solidarios.

Esto, por cuanto conforme señalamos en

nuestro Tratado de las Obligaciones²¹, la figura de los codeudores solidarios no puede ser equivalente a la de los cofiadores solidarios. Ello, en la medida de que el codeudor es el titular de la parte pasiva de la relación obligatoria, mientras que el fiador es simplemente un garante.

La fianza solidaria no es, pues, lo mismo que la deuda que asumen varios deudores de manera solidaria.

Sabemos que la condonación de la deuda por el acreedor en favor del deudor y aceptada por éste extingue la obligación. Esto implica la extinción de la deuda con todas sus garantías, ya que, como es conocido por todos, 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 éste el caso, las consecuencias serán que la obligación del deudor se mantendrá plenamente vigente, así como las de los demás garantes, pero la obligación del garante sujeto de la condonación se habría extinguido, aunque con algunas limitaciones.

El artículo 1296 regula la situación en que exista más de un garante, ya que si la obligación estuviera garantizada por uno solo y esta garantía fuese condonada por el acreedor, es claro que se extinguiría la totalidad de la garantía, subsistiendo la obligación a cargo del deudor. En cambio, la relación obligacional será más compleja en caso de que existan varios garantes, por lo que resulta necesario establecer la situación de quienes no fueron condonados.

Así, por ejemplo, si hubiese otros garantes además de aquél cuya garantía se hubiese condonado, dicha condonación no surtiría efectos respecto a los demás garantes y, en tal virtud, ellos seguirán garantizando el cumplimiento de la deuda. No se extingue, en consecuencia, la obligación de los demás garantes.

En ese sentido, no es que la solución del artículo 1296 resulte incompatible con la del artículo 1188, sino que el Proyecto de Reforma ha realizado una lectura equivocada

de las normas citadas.

Una lectura correcta del artículo 1296, que parta de la premisa de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, evita cualquier problema y con ello hace que la propuesta de derogación presentada por la comisión deba ser rechazada.

Así, la condonación a uno de los garantes no extingue la obligación principal ni la de los demás garantes.

En tal sentido, la solución del artículo 1296 es perfectamente posible. ¿Por qué? Muy simple, porque la fianza seguirá siendo fianza y seguirá existiendo, seguirá estando vigente, pero la fianza no va a estar vigente por el total del monto que se encontraba afianzado, sino que habrá que detraer la parte de aquel fiador a quien se le condonó la fianza por parte del acreedor común.

Además, y esto hay que resaltarlo, el extremo de la norma en el que se establece 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, también debe interpretarse siguiendo la lógica que acabamos de señalar.

Resulta evidente, desde esta perspectiva, que si se le condona la garantía a uno de los garantes, dicha garantía seguirá en pie, pero por un monto reducido en cuanto al monto afianzado, porque habrá que detraer la parte de aquél a quien se le condonó la fianza.

A esto hay que agregar que lo que se regula con la norma contenida en el artículo 1296 no es la extinción de la obligación, porque de ninguna manera se ha producido un acto condonatorio entre el acreedor y el deudor o deudores. Lo que se regula es un acto condonatorio en relación a la garantía, y no hay ningún problema para que la ley civil otorgue un tratamiento diferenciado a la condonación de la garantía.

Como puede apreciarse, lo real es que el principio contenido en el artículo 1296 no es en absoluto incompatible con lo establecido en el artículo 1188.

²¹ OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. "Tratado de las Obligaciones". Op. cit. Primera parte. Tomo III. pp. 250-252.

TÍTULO VII TRANSACCIÓN

Código Civil de 1984
<p>“Artículo 1302.- Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.</p> <p>Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.</p> <p>La transacción tiene valor de cosa juzgada”.</p>
Proyecto de Reforma julio de 2011
<p>“Artículo 1302. <i>Definición</i></p> <ol style="list-style-type: none">1. Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.2. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.3. La transacción tiene valor de cosa juzgada y causa ejecutoria sin necesidad de homologación judicial”.

El Proyecto de Reforma plantea modificar la última parte del artículo 1302.

Es evidente que tal cual se encuentra regulado este tema en nuestro ordenamiento jurídico, la transacción extrajudicial, o sea la transacción celebrada sin existencia de un proceso judicial, no requiere homologación.

En cambio, sí amerita dedicar algunas líneas a los supuestos en los cuales, existiendo un proceso, las partes transan dentro o fuera de aquél, lo que nos permitirá establecer si ello significa o no la conclusión de dicho proceso.

Hoy en día, de acuerdo a las normas del Código Procesal Civil, existen determinados requisitos para poder transar. Tanto así que la ley procesal establece la necesidad de que la transacción sea homologada por el Juez.

Esto se halla regulado en el artículo 337 del

Código Procesal Civil, norma que señala que el Juez aprueba la transacción, siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres. Y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas.

Así las cosas, en los casos en que la transacción se realiza existiendo ya un proceso, hay un detalle importante que no podemos ni debemos pasar por alto, esto es, que la conclusión de un proceso tiene que ser un acto formal. De aquí que cuando la conclusión se realiza a través de una transacción, se requiera de la homologación de un Juez.

Nosotros, sobre la base de esta constatación, consideramos que sí es necesaria la homologación. No es que el Juez vaya a declarar inválida la transacción, simplemente, lo que el Juez puede hacer es verificar la no concurrencia de los requisitos establecidos por la propia ley para la eventual homologación de la transacción, y al comprobar que dichos requisitos no están presentes, pues no procederá a homologar la transacción.

La homologación exigida en la norma vigente no constituye, por ende, error alguno que deba ser enmendado.

Además, cabe recordar que no siempre una transacción pone fin a la totalidad del proceso.

Luego de la homologación judicial, podría ocurrir que sólo algunas pretensiones hayan sido resueltas con carácter de cosa juzgada y otras pretensiones, no solucionadas con la transacción, continúen su curso.

También podría suceder que la transacción únicamente resuelva los conflictos respecto de algunas de las partes involucradas en el proceso y no de todas. Alguno de los demandados o alguno de los demandantes podrá haber arreglado (transado) con la otra parte sus problemas o sus asuntos controvertidos, pero los otros no. El proceso, en estas circunstancias, continuaría con respecto a aquéllos que no hubiesen celebrado esa transacción, o que no estuvieren comprendidos en ella.

En este esquema es evidente que si se tratase de una transacción que no significara la conclusión del proceso,

tendría, necesariamente, que realizarse la homologación para que el Juez, luego de homologada la transacción, señale la manera cómo va a continuar dicho proceso y con respecto a quiénes va a continuar. Por lo demás, la validez de una transacción judicial estará condicionada al cumplimiento de los requisitos impuestos por ley.

Es así que, por estas razones, consideramos que la modificación planteada al artículo 1302 del Código Civil es inadecuada y, por consiguiente, no debería prosperar.

Código Civil de 1984
“Artículo 1308.- Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad. Si fuera anulable y las partes, conociendo el vicio, la celebran, tiene validez la transacción”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1308.- <i>Nulidad o anulabilidad de la obligación</i> Si la obligación sobre la cual versa la cuestión dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción será nula. Si fuera anulable y las partes lo manifestarán así expresamente, tiene validez la transacción”.

La primera parte del artículo 1308 es, en realidad, una norma que fluye de la lógica jurídica, de modo tal que sin ella también podríamos llegar a similar conclusión que la planteada en su texto.

Distinto es el caso en que el acto primigenio no fuese nulo sino anulable. En este supuesto el Código brinda una solución distinta: si las partes conocían de la anulabilidad del acto y, a sabiendas, celebran una transacción sobre el mismo, dicha transacción sí revestirá validez, debido a que la ley supone que a través de la realización de este segundo acto se está produciendo una confirmación tácita del primero. En tal sentido, la transacción celebrada en estas circunstancias tendría un doble efecto: (i) por una parte, confirmar un acto jurídico; y, (ii) por otra, constituirá una transacción propiamente dicha, que solucione controversias suscitadas o derivadas del acto originario.

Insistimos en que la solución dada por el Código Civil a los supuestos de transacciones que versen sobre actos nulos o anulables es

distinta, en razón de que mientras el acto nulo es un acto sin vida, con invalidez total y perpetua, el acto anulable, como hemos manifestado, es un acto de validez actual, pero de una invalidez pendiente, latente, como “en suspenso”, la misma que podrá o no tener lugar, dependiendo de si la parte que tiene derecho a ejercitar acción al respecto decide anularlo a través de la vía judicial, o si lo confirma posteriormente.

Nosotros estimamos irrelevante que las partes manifiesten en el acto transaccional, de manera expresa, su conocimiento en torno a la eventual anulabilidad de la obligación sobre la que se transige. El Código Civil acepta tanto las manifestaciones expresas como las manifestaciones tácitas de voluntad, razón por la cual no percibimos la necesidad de descartar a estas últimas en el caso bajo estudio.

Código Civil de 1984
“Artículo 1309.- Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1309.- <i>Anulabilidad de la obligación</i> Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida”.

Corresponde aclarar que no debemos confundir la transacción celebrada sobre actos nulos o anulables, con la transacción sobre la supuesta nulidad o anulabilidad de dichos actos, que es el caso previsto por el numeral 1309 del Código Civil peruano.

El artículo 1309 legisla los casos en que la materia central de la transacción sea zanjar las diferencias existentes entre las partes sobre si el acto originario era nulo, o sobre si el acto originario era anulable. De no adoptarse este criterio, sería imposible transigir respecto a actos jurídicos cuya nulidad o validez se discute.

Creemos que resultaría válido esbozar –en teoría– una interpretación en el sentido de que, en el caso de los actos nulos de pleno

derecho, la transacción sobre dicha nulidad no sería válida, a pesar de lo expresado por nuestra norma positiva. La nulidad absoluta quiere decir que el acto adolece de un vicio estructural, el cual es, dado su naturaleza, insalvable, por lo que no cabría transigir sobre él. En cualquier caso, las partes podrían intentar celebrar otro acto nuevo que no adolezca de nulidad.

Sin embargo, a través de esta vía, hoy en día con la norma vigente se deja abierta la posibilidad de que las partes pongan término a asuntos conflictivos de manera eficiente y rápida, sin necesidad de recurrir a los Tribunales de Justicia o, de ser el caso, sin esperar que éstos zanjen la cuestión. Es evidente, por otra parte, que al tratarse de un asunto tan controvertido, la sentencia judicial podría resolver en un sentido u otro (por considerar la validez o la nulidad del acto), situación que sería reemplazada por el actuar de las propias partes, quienes “se estarían dictando su propia sentencia”.

Por lo demás, un acto sólo es nulo cuando los tribunales de justicia lo declaran como tal. Antes no lo es; y si no lo es, y sólo se discute su validez, entonces es sano que el tema pueda ser objeto de transacción por las partes. Impedirlo, como lo hace el proyecto, implicaría un grave error, un retroceso absurdo.

Por tales argumentos, creemos que el Proyecto de Reforma, al suprimir la posibilidad de que la cuestión litigiosa pueda versar sobre una nulidad, resulta desacertado.

TÍTULO IX INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

Código Civil de 1984
“Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1322.- <i>Daño a la persona</i> El daño a la persona, cuando se hubiera irrogado, también es susceptible de reparación”.

En el artículo 1322 del proyecto, se plantea

modificar esta norma y agregar el concepto del daño a la persona en sustitución del conocido daño moral.

Hoy en día no está regulado el daño a la persona en el Código Civil de manera expresa. Sin embargo, nadie pone en tela de juicio que el daño a la persona es susceptible de indemnización, invocando el daño moral.

Con esta premisa nos compete ahora aclarar que, pese a que el daño extrapatrimonial se suele usar como sinónimo de daño moral, lo cierto es que el significado o contenido de ambos términos, aunque pueden confluir en determinados puntos, no necesariamente es el mismo. Entre ellos, más bien, existe una relación de género-especie.

Este error tan generalizado ha empezado a llamar cada vez más la atención. En nuestro país, por ejemplo, el profesor Carlos Fernández Sessarego ha denunciado la confusión en múltiples trabajos. No obstante, debemos reconocer que aún es numerosa la doctrina que –legítimamente– sigue sin abandonar la línea tradicional, avocándose a construir múltiples definiciones del daño moral.

Por su parte, Espinoza Espinoza²² ha señalado que la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas, y el daño moral, definido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima, que tienen el carácter de efímeros y no duraderos. Dentro de la categoría de daño moral, se distingue el daño moral subjetivo, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, del daño moral afectivo, entendido como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes.

Así, mientras el Código Civil utiliza (en inexecución de obligaciones) el concepto de daño moral, el Proyecto de Reforma emplea el de daño a la persona.

Podríamos deducir que el proyecto tendría por propósito armonizar el contenido del artículo 1322 con el del artículo 1985, que distingue claramente, en relación con la

²² ESPINOZA, Juan. “Derecho de las Personas”. Lima: Editorial Rodhas. 2006. p. 481.

responsabilidad extracontractual, el daño a la persona y el daño moral.

Sin embargo, conforme a la exposición de motivos del artículo 1322 vigente, la expresión daño moral se utiliza entendiéndola en su sentido amplio –de modo que comprende también lo que propiamente constituye el daño a la persona o daño subjetivo. Además, en el terreno de la práctica jurídica, vale decir, en el de la realidad, ello siempre se ha entendido así, por lo que no se justifica precisar los conceptos para evitar dudas (que en verdad son inexistentes) en cuanto a sus reales alcances.

Habida cuenta de que queda claro que una norma general como la del Libro de Derecho de Obligaciones no tiene por qué ser armonizada con una norma de responsabilidad civil que, en definitiva, es otra fuente específica de obligaciones, debemos señalar que, en definitiva, la Comisión no ha hecho otra cosa que ceder ante una tentación académica.

Código Civil de 1984

“Artículo 1324.- Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.
Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

Artículo 1324.- Se deroga.

Como se sabe, las obligaciones de dar sumas de dinero constituyen un supuesto importante y especial, lo que justifica que la ley les otorgue un tratamiento normativo también especial.

Tal cual podemos advertir con la lectura de la norma, el tema de los daños y perjuicios

en materia de obligaciones de dar sumas de dinero, se encuentra íntimamente vinculado a la mora y a los intereses que ella genera como uno de sus efectos, tal como oportunamente fue analizado por nosotros²³.

Así, cuando nos encontramos frente a una obligación de dar una suma de dinero y el deudor incumple con pagar en la fecha de vencimiento, si el acreedor lo constituye en mora, esa constitución en mora provoca intereses moratorios. La ley establece que esos intereses moratorios vendrían a ser la indemnización que le correspondería al acreedor por el incumplimiento, lo que significa, en otras palabras, que en virtud de lo prescrito por nuestro Código Civil, en el caso de las obligaciones de dar sumas de dinero los daños y perjuicios se restringen a los intereses moratorios.

Por ello, el legislador de 1984, tras constatar que en la mayoría de los casos –aunque no en todos– el incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero no genera mayores daños y perjuicios que los que son cubiertos por los intereses moratorios, ha considerado conveniente restringir la indemnización a dichos intereses, salvo –naturalmente– pacto de indemnización por daño ulterior. Esta, por lo demás, es una cuestión práctica de mucha importancia, pues ayuda a simplificar el tratamiento y solución de tales problemas.

Dicho esto, y señaladas las bondades y la necesidad de la existencia del artículo 1324 que el Proyecto de Reforma pretende derogar, creemos que este numeral debe continuar vigente.

CAPÍTULO SEGUNDO MORA

Código Civil de 1984

“Artículo 1333.- Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.
No es necesaria la intimación para que la mora exista:
1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

²³ OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Tratado de las Obligaciones”. Cuarta parte. Tomo XI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. pp. 883 y siguientes.; y, OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Op. cit. pp. 882 y siguientes.

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

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1333.- *Interpelación. Casos de mora automática*

1. Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.
2. No es necesaria la intimación para que la mora exista:
 - a) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
 - b) Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que opera por su solo vencimiento.
 - c) Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
 - d) Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor”.

Uno de los temas más controvertidos del derecho de obligaciones es el relativo a la interpelación en la mora del deudor. Esto es, si se debe acoger el principio francés, consagrado por los artículos 1264 del Código peruano de 1852, 1254 del Código Civil de 1936 y 1333 del Código de 1984, de la mora *ex personae: dies non interpellat pro homine* (el tiempo no interpela por el hombre), que se arraigó en los artículos 509 del Código argentino, 1100 del Código español, 102 del Código suizo, 1219 del Código italiano y 805 del Código portugués, entre otros; o si debe prevalecer la mora *ex re: dies interpellat pro homine* (el tiempo interpela por el hombre), que acoge el Código alemán cuando establece que no es necesario el requerimiento si se ha señalado “un tiempo según el calendario”.

Uno de los coautores de este ensayo, Felipe Osterling Parodi, quien fuera autor de la ponencia sobre Derecho de Obligaciones en el Código Civil de 1984, sugirió incorporar en el proyecto, y así lo aceptó la Comisión Reformadora, la mora *ex personae*, continuando la tradición jurídica peruana sobre la materia. Ello, sobre el principio de

que si vencida la obligación el acreedor no la exige, demuestra que el retardo no lo afecta, y que tácitamente está prorrogando el plazo.

Sin embargo, en los diálogos con los miembros de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1984, dicho autor manifestó sus dudas sobre la bondad de incorporar el actual artículo 1333 que admite la mora *ex personae*, expresándoles que dejaba a su elección sustituirlo, en cambio, por la mora *ex re*, propia del Código alemán, que prescribe que es innecesaria la interpelación para constituir en mora en las obligaciones a plazo fijo.

El otro coautor de este ensayo, Mario Castillo Freyre, sostiene la conveniencia de preservar el precepto en actual vigencia.

El Proyecto de Reforma ha juzgado que la norma ya no indique que para que la mora exista no será necesaria la intimación, 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.

El texto propuesto señala en su lugar que no será necesaria la intimación cuando se trate de obligaciones a plazo determinado. En esos casos la mora operará por el solo vencimiento de éste.

Esta modificación, que puede incluso pasar desapercibida en una lectura superficial, genera, en la práctica, profundas consecuencias.

Un cambio como el planteado tiene el efecto de unificar el régimen en materia moratoria del Código de Comercio y del Código Civil. Para las obligaciones a plazo regiría siempre la mora automática. Para las obligaciones que no son a plazo, regiría la regla general señalada en el inciso primero del proyecto.

Así las cosas, la mora por intimación, que hoy constituye regla general, en verdad sería la excepción, en la medida de que la mayoría de obligaciones tienen plazo de vencimiento.

Este tema, sin embargo, no se zanjaría con una modificación como la propuesta, en tanto la misma generaría serios problemas de concordancia en materia de mora automática y de lugar de pago.

Como es conocido por todos, el propio Código

Civil de 1984 señala que el pago se realiza en el domicilio del deudor, salvo pacto en contrario.

De tal manera que, de aceptarse la modificación del artículo 1333, podría suceder que se constituyera una obligación con plazo determinado para el pago y se aplicara la mora automática. En tanto en este caso no se hubiera establecido el lugar de pago, de acuerdo a la norma de aplicación supletoria del Código Civil, debería considerarse el domicilio del deudor. En ese sentido, si el deudor deja de pagar porque el acreedor no le va a cobrar, no podría señalarse que el deudor se encuentra en mora, por razones obvias.

A pesar de que se estableció una fecha para el pago, no podría regir la mora automática, por la sencilla razón de que el acreedor no habría ido a cobrar, es decir, no habría habido intimación y, mucho menos, se podría hablar de incumplimiento.

Si uno quisiera establecer una reforma como la pretendida, no sólo tendría que modificar este artículo, sino también tendría que modificar otras normas como las relativas al lugar de pago. En razón de las consideraciones efectuadas por uno de los coautores de este trabajo en oportunidad anterior²⁴, es que la “Comisión Reformadora” también propone ahora como regla que el pago se efectúe en el domicilio del acreedor.

Ambos coautores entendemos que no resulta indispensable la modificación que, en realidad, nada soluciona, pues el régimen de mora funciona actualmente de manera adecuada y no existen problemas para la aplicación de la mora automática, que rige cuando las partes consideran que así debe pactarse, o cuando por ley se considera lo mismo.

CAPÍTULO TERCERO CLÁUSULA PENAL

Código Civil de 1984

“Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al

pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

Proyecto de Reforma julio de 2011

“Artículo 1341.- *Concepto*

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere, salvo lo dispuesto en el artículo 1346”.

Los conceptos de cláusula penal e indemnización por daño ulterior son distintos.

Así, en cuanto al origen, usualmente la cláusula penal lo tiene en el contrato, esto es en un acto voluntario producto del acuerdo de las partes contratantes. En cambio, la indemnización ordinaria de daños y perjuicios resulta impuesta por la ley, cada vez que se verifiquen en la realidad ciertos requisitos, y cuyo monto será determinado por el juez.

De otro lado, en lo que respecta al objeto, la cláusula penal puede tener por objeto una prestación de dar, de hacer o de no hacer. En cambio, la indemnización ordinaria de daños y perjuicios siempre se estimará en dinero.

Asimismo, en lo que atañe al régimen de la prueba de los daños y perjuicios, la cláusula penal no requiere que se pruebe su existencia ni cuantía. En cambio, en la indemnización ordinaria, los daños y perjuicios deben probarse para que ella proceda.

En lo relativo a la oportunidad, consideramos que la cláusula penal es la estimación anticipada de los perjuicios que se causarán con la inejecución total o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal. En cambio, en lo que hace a la indemnización ordinaria, primero se produce el daño, luego se demuestra y estima el perjuicio y, finalmente, procede su reparación en dinero.

²⁴ CASTILLO, Mario. “Por qué no se debe reformar el Código Civil”. Op. cit. pp. 414 y siguientes.

Finalmente, para diferenciar ambas figuras, cabe señalar que en cuanto al sujeto beneficiado, los daños y perjuicios se le reparan a quien ha sufrido la lesión patrimonial o extrapatrimonial, o sea que el beneficiario de ellos es siempre el acreedor. La cláusula penal, en cambio, puede pactarse a favor de un tercero.

Dicho esto, resulta adecuado que la norma bajo estudio distinga ambas instituciones, ya que ellas poseen ámbitos de aplicación diferentes. Así, resulta perfectamente posible y válido que la norma permita estipular una cláusula penal y, a la vez, una indemnización ulterior también en caso de incumplimiento.

De la misma manera, creemos que es justo para con el deudor que deberá pagar el íntegro de la penalidad, que ésta se compute como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

En ese orden de ideas, estamos de acuerdo con el texto en vigencia de la norma y no, como hace el Proyecto de Reforma, en eliminar la posibilidad (hoy sí regulada y permitida expresamente) de pactar la indemnización por daño ulterior. Esta postura, como veremos más adelante, se basa en el hecho de que el proyecto propone establecer en el artículo 1346 una disposición por la cual la penalidad pactada no sólo se pueda reducir, sino también aumentar. Pero de ello trataremos seguidamente.

Código Civil de 1984
“Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.
Proyecto de Reforma julio de 2011
“Artículo 1346.- <i>Aumento o reducción de la pena.</i>
1. El juez, a solicitud del deudor o del acreedor, respectivamente, puede reducir o aumentar equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o diminuta. Es nulo todo pacto en contrario.
2. También podrá reducirla cuando la obligación principal hubiese sido cumplida parcial o irregularmente con asentimiento del acreedor”.

El Código Civil peruano de 1852, acogiendo la fórmula original del artículo 1152 del Código Napoleón, preveía que si se había estipulado el pago de cierta cantidad por daños e intereses para el caso de no cumplirse el contrato, debía observarse lo pactado. Luego, el artículo 1227 del Código Civil de 1936, basándose fundamentalmente en los artículos 340 y 343 del Código alemán de 1900, modificó el principio, permitiendo al Juez reducir equitativamente la pena cuando fuera manifiestamente excesiva. Y el Código Civil de 1984, adoptando una solución ecléctica, acoge similar precepto que el Código de 1936, pero agrega en su artículo 1341 que si además de la cláusula penal se ha estipulado la indemnización del daño ulterior, puede el acreedor solicitar que se eleve dicha penalidad a fin de que se aumente el monto indemnizatorio.

Todas estas soluciones parecen inadecuadas. La del Código de 1852, de inmutabilidad de la pena, porque ella puede prestarse a abusos para imponer indemnizaciones arbitrarias, tanto para el deudor, quien podría verse obligado a pagar en exceso, como para el acreedor, quien podría no ver satisfechos los perjuicios que realmente sufrió. El rigor del precepto podría convertir a la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad. La del Código de 1936, porque parte del erróneo supuesto de que el deudor es la parte más débil de la relación obligacional, y porque la reducción de la pena determinaría que las partes ingresaran a un litigio destinado a probar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios, que es justamente lo que quisieron evitar pactando la cláusula penal. Y esta última crítica también se aplica a los preceptos del Código Civil de 1984, que permiten aumentar o reducir la penalidad estipulada.

Son estas razones, sin duda, las que indujeron al maestro Manuel Augusto Olaechea a propiciar en la Reforma del Código Civil de 1852, que se acogiese la fórmula brasileña del antiguo Código de 1916, que estatuye que el Juez no está facultado para modificar la pena estipulada, pero que su valor, en ningún caso, podrá exceder el de la obligación principal. Y fueron esas mismas razones las que también determinaron que se incorporara en el Proyecto de Código Civil de 1984 la fórmula brasileña modificada, esto es que el monto de la cláusula penal, inmutable, no podía ser

superior a la mitad del valor de la prestación incumplida, y que si ella se estipulaba para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no podía ser superior a la cuarta parte del valor de dicha prestación.

Sin embargo, las Comisiones Revisoras de los Proyectos de los que luego fueron el Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984, optaron por los textos que, en definitiva, quedaron plasmados en estos códigos²⁵.

Pese a estos comentarios, creemos que la propuesta realizada por el Proyecto de Reforma tampoco resulta adecuada, ya que incluso se intenta volver más riguroso el contenido de dicho numeral castigando con la nulidad todo pacto que prohíba la revisión judicial de la pena.

Pero no sólo eso, pues al haberse eliminado del texto que se propone como nuevo artículo 1341, el pacto por indemnización por daño ulterior, en el proyectado artículo 1346, inciso 1, se comete el error de permitir que el

acreedor siempre pueda solicitar el aumento de la penalidad pactada, cuando la considere diminuta, situación que –presumimos– será de frecuente concurrencia y complicará –aún más– el tema de la probanza de los daños y perjuicios, a pesar de haber pactado una cláusula penal. Suficiente problema se tiene con el deudor que pide la disminución de la penalidad, como para agravar el problema otorgando al acreedor la posibilidad de solicitar el aumento de la misma.

Como podrá observar el lector, casi la totalidad de las propuestas hechas por el Proyecto de Reforma al Libro de Obligaciones de julio de 2011, resultan innecesarias, no siendo indispensable modificar, salvo poquísimas excepciones, el contenido de los artículos que componen el Libro de Derecho de Obligaciones de nuestro Código Civil.

Por lo demás, buena parte del razonamiento y planteamientos de la Comisión se basan en ideas de los suscritos, por lo que –al menos– deberían haber tenido la gentileza de citarnos.

²⁵ En ocasión anterior, uno de los coautores de este ensayo, Mario Castillo Freyre (CASTILLO, Mario. "Tentaciones académicas". Op. cit. pp. 803 y 804) se mostró favorable a esta posibilidad pero en supuestos distintos. Así, señaló que: "Nos mostramos condescendientes a la revisión judicial de la cláusula penal únicamente en dos casos: cuando la obligación principal hubiese tenido un cumplimiento inexacto, el mismo que hubiera sido aceptado por el acreedor, o, cuando se trate de contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. Esto último debido a que en estos contratos es una sola de las partes la que redacta previa y unilateralmente el contenido de todo (o casi todo) el contrato y, en tal sentido, se pueden establecer como cláusulas penales sumas realmente usurarias, contra las cuales el consumidor o usuario se hallaría indefenso".