

COMENTARIOS A ALGUNAS DE LAS PROPUESTAS DE ENMIENDA DEL CÓDIGO CIVIL (LIBRO DE OBLIGACIONES)

Luciano Barchi Velaochaga*

El actual Libro de obligaciones de nuestro Código Civil ha sido objeto de numerosas críticas y comentarios. Indudablemente, es un Libro básico que está íntimamente relacionado con los demás y que presenta una gran importancia en la regulación civil.

El presente artículo tiene como objetivo comentar las modificaciones propuestas a dicho libro, señalar la relevancia de éstas y recalcar las omisiones incurridas. El autor aprovecha la doctrina y normativa comparada para preguntarse e intentar responder cuál sería la regulación más acorde a nuestra realidad.

* Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

El presente ensayo es el análisis de algunos artículos del Libro de Obligaciones del Código Civil cuya modificación ha sido propuesta en el Proyecto de Enmiendas elaborado por el doctor Carlos Cárdenas Quirós.

Comienzo por señalar que estoy de acuerdo con la mayoría de las enmiendas propuestas; aunque, no creo que todas sean urgentes. Con algunas pocas de las enmiendas propuestas discrepo y creo que se han omitido incluir algunas enmiendas que sí son urgentes.

I. OBLIGACIONES DE DAR

A. Deber de información

Respecto al deber de información del deudor de una prestación de dar, el Proyecto de Enmiendas corrige una imprecisión existente en el texto del artículo 1133 del Código Civil que sólo impone al deudor el deber de información para el caso de una obligación con prestación de dar un conjunto de bienes ciertos. En el Proyecto de Enmiendas se precisa que ese deber también existe tratándose de la obligación con prestación de dar un único bien.

B. Elección de bienes ciertos

El artículo 1143 del Código Civil establece, que tratándose de relaciones obligatorias con prestación de dar bien incierto (obligaciones genéricas), la elección, por defecto, corresponde al deudor.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 1143 del Código Civil constituye una norma supletoria; es decir, que la elección corresponde al deudor cuando ni de la ley, ni del título de la obligación o de las circunstancias del caso, resultare que se designó al acreedor o a un tercero.

Como dice Bullard: “La razón por la que existen normas supletorias es para evitar que las partes se vean compelidas a negociar y

redactar todos los términos de un contrato”¹. Los contratos son normalmente “contratos incompletos”; es decir, normalmente las partes omiten, con ocasión de la conclusión del contrato, una explícita previsión de una regla necesaria para la actuación de la relación contractual.

Las lagunas pueden ser de dos tipos: deliberadas o no deliberadas. Las segundas se dan cuando las partes omiten regular un determinado aspecto secundario de su relación y, además, omiten prever algún mecanismo para determinarlo posteriormente, dejando así incompleto el contrato y haciendo que este aspecto venga disciplinado por las normas. Como indica Guerinoni, las lagunas no deliberadas pueden ser fruto²: (i) de un mero olvido de los contratantes; (ii) del conocimiento de las partes de la existencia de una norma supletoria o imperativa que, llenan la laguna y, por tanto, significa su implícita aceptación a la integración de esa norma; o, (iii) la elección estratégica de una de los contratantes, el cual conoce, a diferencia de la otra u otras partes, la norma dispositiva que resultará de aplicación, y prefiere, entonces, no tratar este aspecto para luego hacer valer la norma dispositiva, probablemente más favorable a él, respecto del que podría ser el resultado de una negociación.

Las lagunas deliberadas, son aquellas en que los contratantes, al momento de la conclusión del contrato, son perfectamente conscientes de que una parte del contenido debe ser posteriormente determinada con la finalidad de actuar la relación contractual y prevén en el contrato un mecanismo que permita completar las lagunas, tal como, alternativamente; (i) un sucesivo acuerdo; (ii) la determinación por una sola de las partes; o, (iii) la decisión de un tercero (artículos 1407 y 1408 del Código Civil)³.

La función de las normas supletorias es la de reducir los costos de transacción y para ello

¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente”. En: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra. 2003. p. 241. Al respecto Craswell señala: “La mayor parte del Derecho Contractual está formado por normas supletorias o por reglas que se aplican cuando las partes omiten considerar un asunto, en uno u otro sentido, en sus contratos” (CRASWELL, Richard. “Libertad de Contratación”. En: Law & Economics. El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase. Lima: UPC. 2002. p. 135).

² GUERINONI, Ezio. “Incompletezza e completamento del contratto”. Milano: Giuffrè. 2007. p. 3.

³ GUERINONI, Ezio. Op. cit. p. 4.

entonces, lo ideal es que el legislador brinde la solución a la que las partes normalmente arribarían de haberlo negociado. De no ser así, obligaría a las partes a “pactar en contrario” y como indica Bullard: “El “pacto en contrario” tiene que ser excepcional. Si el “pacto en contrario” fuese la regla general, entonces la realidad nos está diciendo que el legislador se equivocó a la hora de establecer la norma supletoria”⁴.

Esto significa que el Libro de las Obligaciones debería contener las soluciones que “...en la mayoría de los casos, sería adoptada por las partes de haberse puesto de acuerdo sobre el punto en cuestión. Así se logra que en la mayoría de los casos no sea necesario un acuerdo de las partes, y por esa vía reducimos los costos de transacción”⁵.

En tal sentido, en este tipo de normas que llenan lagunas no deliberadas, el legislador debe preguntarse cuál es la solución a la que se llegaría en la mayoría de casos. El Proyecto de Enmiendas propone que en las relaciones obligatorias con prestación de dar bien incierto (obligaciones genéricas) la elección, por defecto, corresponda al acreedor.

Cabe preguntarse, entonces, si en las relaciones obligatorias con prestación de dar bienes inciertos (obligaciones genéricas) normalmente se pacta que la elección corresponde al acreedor. En nuestra opinión, la elección normalmente es realizada por el deudor en el mismo momento de la ejecución de la prestación⁶. Esta es, por ejemplo, la solución que brinda el artículo 1178 del Código Civil italiano y el actual artículo 1143 del Código Civil.

1. La enmienda que falta en este tema

Al respecto, en nuestra opinión, más bien debería ser modificado el primer párrafo del artículo 1144 del Código Civil. En efecto, en este artículo se establece que a falta de plazo estipulado por las partes para la elección, corresponde al juez fijarlo. Teniendo en

consideración nuestra realidad judicial, no parece una solución muy práctica recurrir al juez para que fije el plazo para la elección. Parece más realista, por lo expresado anteriormente, que cuando las partes no hayan fijado el plazo para la elección, ésta se efectúe al momento de la ejecución de la prestación.

C. Las enmiendas que faltan

1. La concurrencia de acreedores sobre un mismo bien

El Código Civil regula la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien distinguiendo según se trate de un bien mueble o inmueble. Así, en el caso de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble resulta de aplicación el artículo 1136 y en el caso de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble el artículo 1135. Pero esta forma de legislar deja un vacío para los bienes muebles registrados.

En tal sentido debería modificarse el artículo 1135 y derogarse el artículo 1136. El artículo 1135 debería tener el siguiente tenor: “Si el bien fuera reclamado por diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor de buena fe que ha empezado a poseerlo, si ninguno ha empezado a poseerlo, al acreedor de buena fe cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta”.

II. OBLIGACIONES DE HACER

El artículo 1156 del Código Civil se refiere a la llamada “teoría del riesgo” en las relaciones obligatorias con prestación de hacer.

Para la doctrina jurídica peruana la “teoría del riesgo”⁷ no supone un estudio unitario del riesgo en los contratos. De los muchos riesgos, que pueden afectar una relación obligatoria,

⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente”. En: Op. cit. p. 242.

⁵ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños”. En: Ratio Juris, El Informativo. Año 1. Número 1. p. 27.

⁶ Ver al respecto Panuccio, Vincenzo. “Obbligazioni generiche e scelta del creditore”. Milano: Giuffrè. 1972. p. 3.

⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984”. En: Para Leer el Código Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1985. pp. 177 y siguientes.

sólo se refiere al riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación⁸.

El artículo 1316 del Código Civil se refiere a la única consecuencia que se genera de la imposibilidad sobreviniente de la prestación por causas no imputables a las partes en el caso de un contrato con prestación a cargo de una sola de las partes: la extinción de la relación obligatoria y la consecuente liberación del deudor. En tal caso, el acreedor asume el riesgo puesto que no recibirá la prestación.

Pero, ¿Cuáles son las consecuencias cuando estamos frente a relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas? Es decir, cuando existen prestaciones a cargo de ambas partes y una de ellas se torna imposible de manera sobreviniente.

El Código Civil se ocupa del tema en el Libro VI (Las Obligaciones) y en el Libro VII (Fuentes de las Obligaciones). En el Libro VII lo encontramos tanto en la Sección Primera (Contratos en General) como la Sección Segunda (Contratos Nominados), concretamente en el Título I relativo al contrato de compraventa.

En el Libro VI (Las Obligaciones) lo encontramos a propósito de las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto (artículo 1138 del Código Civil), de las relaciones obligatoria con prestación de hacer (artículos 1154, 1155 y 1156 del Código Civil) y en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer (artículo 1160 del Código Civil, que remite a los artículos 1154, primer párrafo, 1155 y 1156).

En el Libro VII lo encontramos tanto en la Sección Primera (Contratos en General) respecto a los contratos con prestaciones recíprocas (artículos 1431, 1432 y 1433 del Código Civil). Al ocuparse del contrato de compraventa se refiere a la transferencia del riesgo en los artículos 1567, 1568, 1569 y 1570.

En nuestra opinión esto solo muestra una pésima técnica legislativa. Es totalmente innecesario que el Código regule la llamada “teoría del riesgo” tantas veces, hubiera

bastado hacerlo en el Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) en la Sección Primera (Contratos en General). Esta, por ejemplo, ha sido la opción del Código Civil portugués.

Acerca de las relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas debe determinarse las consecuencias: (i) Respecto a la prestación que se torna imposible; (ii) Respecto a la prestación que aún es posible; y, (iii) Respecto a los daños que causa la imposibilidad.

A. Consecuencias respecto a la prestación que se torna imposible (“riesgo de la prestación”)

Al tornarse imposible la prestación el acreedor ya no puede ver satisfecho su interés y, por tanto, el deudor queda liberado.

B. Consecuencias respecto a la prestación que aún es posible (“riesgo de la contraprestación”)

La prestación que aún es posible (la contraprestación) ¿debe ser ejecutada? Si la contraprestación debe ser ejecutada significaría que el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación es asumida por el acreedor de la prestación imposible, *periculum est creditoris*, puesto que el acreedor de la prestación imposible deberá ejecutar la prestación a su cargo a pesar que no recibirá la prestación a la que tenía derecho. Si la contraprestación no debe ser ejecutada significaría que el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación es asumida por el deudor de la prestación imposible, *periculum est debitoris*, puesto que el deudor de la prestación imposible no recibirá la prestación a la que tenía derecho.

Para determinar quién asume el riesgo de la imposibilidad de la prestación lo usual es atribuir el riesgo con un factor subjetivo: la culpa. Así:

- a) Si la imposibilidad sobreviniente de la prestación se produce por causas imputables al deudor de dicha prestación. El deudor de la prestación imposible pierde el derecho a la contraprestación (*periculum est debitoris*).

⁸ Esto también es advertido por HARO SEIJAS, José Juan. “¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada”. En: THEMIS-Revista de Derecho 49. p. 184.

Al respecto el artículo 1432 del Código Civil señala⁹: “Artículo 1432.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y **éste no puede exigir la contraprestación** y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios. (...)”. [El énfasis es nuestro].

- b) Si la imposibilidad sobreviniente de la prestación se produce por causas imputables al acreedor de dicha prestación.- El deudor de la prestación imposible mantiene el derecho a la contraprestación; es decir, el acreedor debe ejecutar la prestación a pesar que no recibirá la prestación que se tornó imposible, *periculum est creditoris*.

El segundo párrafo del artículo 1432 del Código Civil señala¹⁰: “(...) Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, **dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación**, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación”. [El énfasis es nuestro].

¿Qué criterio se utiliza cuando la prestación se torna imposible por causas no imputables a las partes?

El legislador atribuye las consecuencias de la imposibilidad sobreviniente a quien se encuentra en mejor posición para evitar la imposibilidad. En tal sentido, por lo regular, es el deudor quien está en mejor posición para evitar la imposibilidad de la prestación. Así, por ejemplo, en el caso de la relación obligatoria con prestación de dar, el deudor está en posesión del bien y, está en mejor posición que el acreedor para evitar la destrucción. Por ello es al deudor de la prestación imposible al que se le asigna el riesgo y pierde el derecho a la contraprestación, *periculum est debitoris*.

El primer párrafo del artículo 1431 del Código Civil dispone¹¹:

“En los contratos de prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, **el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación** y debe restituir lo que ha recibido”. (El énfasis es nuestro).

Respecto a las relaciones obligatorias con prestación de hacer el artículo 1156 del Código Civil señala:

“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”. (El énfasis es nuestro).

El Proyecto de Enmiendas propone cambiar la parte resaltada por el siguiente texto:

“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”.

El texto original parte del supuesto que la imposibilidad de la prestación de hacer sobrevenga antes que la prestación sea ejecutada, mientras el texto propuesto supone que la imposibilidad sobrevenga luego que la prestación haya sido parcialmente ejecutada.

C. Consecuencias respecto a los daños que causa la imposibilidad

Al tornarse imposible de manera sobreviniente la prestación, se produce un supuesto de lesión de crédito, por tanto si la imposibilidad se genera por causas imputables al deudor, éste queda obligado al resarcimiento de los daños que dicha lesión cause al acreedor.

⁹ Texto similar al inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto. Artículo 1155 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de hacer y no hacer.

¹⁰ Texto similar al inciso 3 del artículo 1138 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto. Artículo 1155 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de hacer y no hacer.

¹¹ Texto similar al inciso 5 del artículo 1138 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto. Artículo 1156 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de hacer y no hacer.

Al respecto el artículo 1432 del Código Civil señala¹²: “Artículo 1432.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y éste no puede exigir la contraprestación y **está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.** (...)” (El énfasis es nuestro).

III. OBLIGACIONES DE NO HACER

El Proyecto de Enmiendas propone modificar el artículo 1160 del Código Civil que es una norma de remisión. En efecto dicho artículo señala que son aplicables a las relaciones obligatorias con prestación de no hacer una serie de disposiciones de las relaciones obligatorias con prestación de hacer.

El artículo 1160 remite al primer párrafo del artículo 1154 del Código Civil; es decir, excluye de aplicación para las relaciones obligatorias con prestación de no hacer. Esto tiene relación con el polémico tema de la mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer.

La doctrina tradicional considera que no es posible hablar de retardo, y por consiguiente de mora, en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer (ver Osterling Parodi por ejemplo). En la legislación comparada el artículo 1222 del Código Civil italiano y el 343 del boliviano, niegan expresamente su procedencia.

Cárdenas Quirós señala que “tratándose de aquellas obligaciones en las que la prestación de no hacer está dada por una conducta omisiva instantánea, susceptible de agotarse en un solo acto, no hay duda acerca de que si el deudor hace lo que se obligó a no hacer se estará ante un caso de incumplimiento. Aquí, ciertamente, estará excluida la mora” y luego añade:

“Sin embargo, una situación distinta se suscita tratándose de las abstenciones que consisten en suspender o interrumpir una actividad, esto es empezar a no hacer algo.

En tales hipótesis la mora sí es factible en la medida, por supuesto, de que a pesar

del retraso en iniciarse la abstención, la prestación resulte aún útil para satisfacer el interés del acreedor. En caso contrario, no habrá mora sino incumplimiento”¹³.

Si se tiene en cuenta que la mora supone un retardo, debe tenerse en cuenta que habrá retardo siempre que la prestación no sea ejecutada oportunamente pero siempre que ésta sea susceptible de ejecutarse tardíamente. Si la prestación ya no es susceptible de ejecución tardía no habrá retardo sino incumplimiento. En tal sentido podemos distinguir:

- a) Relaciones obligatorias con prestación de no hacer no susceptibles de ejecución tardía. Son aquellas que al inejecutarse la prestación de no hacer (es decir, cuando se hace) ya no es posible la ejecución tardía. Ejemplo: no talar un árbol, no revelar un secreto, etc.
- b) Relaciones obligatorias con prestación de no hacer susceptibles de ejecución tardía. Son aquellas que al inejecutarse la prestación de no hacer (es decir, cuando se hace) aún es posible la ejecución tardía, “empezar a no hacer”. Ejemplo: el deudor, vencido el término, no suspende la actividad, pero al acreedor todavía tiene interés que se suspenda aunque lo sea tardíamente (pacto de no concurrencia).

Sin perjuicio de lo señalado, Cárdenas Quirós al referirse a la mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer en la legislación nacional señala:

“El Código Civil de 1984 no contiene norma semejante a la del artículo 961 del Código brasileño o a la de los artículos 1222 del Código italiano y 343 del Código boliviano. Sin embargo, de algunos de sus preceptos puede concluirse que ha sido descartada la posibilidad de que proceda la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer”.

En efecto, el autor del Proyecto de Enmiendas

¹² Texto similar al inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto. Artículo 1155 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de hacer y no hacer.

¹³ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer”. En: THEMIS-Revista de Derecho 12. Segunda Época. 1988. p. 74.

si bien admite que hay supuestos en los cuales cabe la mora en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer, considera que de algunos de los preceptos del Código Civil puede concluirse que ha sido descartada la posibilidad que proceda la mora en esa clase de prestaciones¹⁴.

El autor nacional se refiere al artículo 1160 del Código Civil que establece que son aplicables a las relaciones obligatorias con prestación de no hacer, entre otras las disposiciones del artículo 1154, primer párrafo.

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

“Artículo 1154.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho a exigirle el pago de la indemnización que corresponda”.

La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor.

El artículo 1160 excluye la aplicación de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1154 y al respecto Osterling Parodi nos dice: “Conviene observar que no resulta aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1154, referido a la constitución en mora del deudor, por cuanto ella es ajena a las obligaciones de no hacer”¹⁵.

En tal sentido, con la modificación propuesta por el Proyecto de Enmiendas se admitiría la mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer en la legislación nacional.

IV. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

A. Definición de relación obligatoria con prestaciones alternativas

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

La relación obligatoria con prestaciones alternativas es aquella que presenta dos o más prestaciones (cuando son más de dos se habla de “alternativa múltiple”) previstas alternativamente (disyuntivamente), es decir que en un momento posterior del nacimiento de la relación obligatoria, el vínculo recaerá sobre una (o algunas) de las prestaciones y sólo ésta (o éstas) deberá ser ejecutada. Hay al inicio una relativa indeterminación (determinabilidad).

De acuerdo al Código Civil (artículo 1161) cuando en la relación obligatoria han sido previstas o proyectadas diferentes prestaciones pero en forma disyuntiva (“obligación alternativa”) el deudor deberá cumplir solamente una de ellas.

No obstante, ello no significa que las partes no puedan acordar que de las diferentes prestaciones previstas o proyectadas en forma disyuntiva (“obligación alternativa”) el deudor deba cumplir más de una, siempre que la concentración (elección) que deba hacerse entre ellas, quede desde el principio indeterminada (ejemplo: elegir dos de cinco prestaciones). Esto es lo que pretende precisar el Proyecto de Enmiendas.

B. Elección

“Artículo 1162 (Primer párrafo).- La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero (...)”.

El texto original del primer párrafo del artículo 1162 del Código Civil atribuye por defecto la facultad de elección al deudor. En el Proyecto de Enmiendas se atribuye al acreedor. Nos remitimos a lo dicho al analizar el Proyecto de Enmiendas respecto al artículo 1143 del Código Civil relativo a las obligaciones genéricas.

¹⁴ En nuestra opinión habría una contradicción al negar la posibilidad de la mora en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer a pesar del artículo 1158 del Código Civil. En efecto, sólo es posible exigir la ejecución forzada de una prestación en la medida que sea susceptible de ejecución tardía.

“Artículo 1158.- El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada...
2. (...)”

¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe. “Las Obligaciones”. Octava edición. Lima: Grijley. 2007. p. 77.

C. El caso de duda

Conceptualmente es relativamente sencillo distinguir las relaciones obligatorias con prestaciones alternativas de las relaciones obligatorias con facultad de sustitución (obligaciones facultativas).

En la relación obligatoria con prestaciones alternativas existe inicialmente una relativa indeterminación del objeto. Éste se halla integrado por la concurrencia alternativa de varias prestaciones posibles. Inicialmente se sabe cuáles son en concreto tales prestaciones, pero como la obligación no se cumple a través de todas conjuntamente sino mediante una sola, de ahí que el propio objeto adolezca de una incertidumbre provisional.

En las relaciones obligatorias con facultad de sustitución inicialmente se sabe en concreto cuál es el objeto de la prestación, aunque el deudor tiene la facultad de sustituir dicha prestación por otra también previamente convenida.

No obstante, frente a un caso concreto puede suscitarse una duda respecto a si estamos frente a una relación obligatoria con prestaciones alternativas o frente a una relación obligatoria con facultad de sustitución (obligaciones facultativas). Por tal razón, los Códigos Civiles incluyen una norma para el caso de duda. Así, el artículo 1171 del Código Civil que dispone:

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

Como puede apreciarse, nuestro Código Civil dispone que, en caso de duda, se la tiene por facultativa. Se sustenta tal solución señalando que en caso de duda (con una relación obligatoria con prestaciones alternativas) se debe favorecer al deudor, dejando entrever que las relaciones obligatorias con facultad de sustitución son menos gravosas para aquél (principio *favor debitoris*)¹⁶.

Pero la solución carece de lógica. En efecto, si existe duda entre una relación obligatoria con prestaciones alternativas y una con facultad de sustitución (obligaciones facultativas) es porque no se puede distinguir cuál es la prestación debida (prestación principal) y cuál es la prestación sustituta (prestación accesoria); en tal sentido, es absurdo considerar que en caso de duda se la debe tener por “facultativa”.

Sería más lógico pensar que en caso de duda las prestaciones se encuentran todas en el mismo plano y, por ende, se las debe tener como “alternativas”. Esta es la propuesta del Proyecto de Enmiendas, que es similar al artículo 651 del Código Civil argentino: “En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por alternativa”.

V. OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

A. Inejecución de la prestación cuando se aplica la regla de la indivisibilidad¹⁷

De acuerdo con el artículo 1180 del Código Civil: “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”.

De acuerdo con Osterling Parodi¹⁸ el artículo citado se inspira en el artículo 1150 del Código Civil español, el cual establece lo siguiente: “La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación”.

¹⁶ Osterling Parodi comentando el artículo 1171: “El precepto dispone que en caso de duda acerca de si la obligación es alternativa o facultativa, ésta se tendrá por facultativa: in dubio pro solvente (La duda favorece al deudor)”. OSTERLING PARODI, Felipe. “Las Obligaciones”. Op. cit. p. 89.

¹⁷ Cuando la organización de la pluralidad es parciaria y la prestación indivisible, la regla aplicable es el de la indivisibilidad. En este caso no se aplican las reglas de la organización parciaria pues, éstas sólo se aplican cuando la prestación es divisible; por tanto, se aplicarán las reglas de la indivisibilidad.

¹⁸ OSTERLING PARODI, Felipe. “Las obligaciones”. Op. cit. p. 101.

Cristóbal Montes, comentando el artículo 1150 del Código Civil español, señala que éste es aplicable en caso incumplimiento por dolo o culpa del deudor¹⁹.

El artículo 1180 del Código Civil presupone un supuesto de pluralidad pasiva organizada de manera parciaria (mancomunada) con prestación indivisible, en cuyo caso la regla que resulta de aplicación es la de la indivisibilidad. Esto supone que el acreedor puede exigir a cualquiera de los deudores el íntegro de la prestación (artículo 1176 del Código Civil).

¿Qué ocurre si se produce un incumplimiento por causas imputables a uno de los codeudores²⁰ que da lugar al remedio del resarcimiento de daños²¹?

En tal caso lo que debe determinarse es si la regla de la indivisibilidad continuará aplicándose teniendo en consideración ahora la “indemnización de daños y perjuicios” la cual se traducirá luego de su determinación en una obligación dineraria y, por tanto, divisible²².

Lo que el artículo 1180 del Código Civil dispone es que “cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización” y luego agrega “salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que corresponda”.

De acuerdo con Osterling Parodi esto significa que los deudores que, por culpa o dolo, no cumplieron, responden por el íntegro de la in-

demnización de daños y perjuicios; en cambio, los deudores no culpables (los que hubiesen estado dispuestos a cumplir) sólo responden por su parte del valor de la prestación original que era indivisible.

En la doctrina argentina, teniendo en cuenta el principio de la personalidad de la situación de culpa²³, quedan libres de satisfacer la indemnización. Ello resulta bastante obvio en la segunda parte del artículo 685 del Código Civil argentino que señala: “Sólo el autor de la violación del derecho debe soportar la indemnización que pueda exigir el acreedor, quedando libres de satisfacerla los otros codeudores”. Al respecto Cazeaux y Trigo Represas señalan: “Si bien esta pauta se refiere a las obligaciones de no hacer, cabe generalizarla con relación a toda clase de obligaciones indivisibles, pues existe identidad de razones que justifican su aplicación”²⁴.

Sin embargo, en nuestra legislación no queda claro lo que el artículo 1180 del Código Civil quiere decir cuando señala que los deudores parciarios no culpables “sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda”.

Osterling Parodi y Castillo Freyre al respecto señalan: “(...) consideramos que la interpretación correcta es que los codeudores no culpables o no dolosos deberán por concepto indemnizatorio solamente su parte proporcional del valor de su participación en la prestación incumplida, pero referida, sin duda a la indemnización global de daños y perjuicios que tendría que

¹⁹ CRISTÓBAL MONTES, Ángel. “Las Obligaciones indivisibles”. Op. cit. p. 119.

²⁰ Con el término “lesión de crédito” se trata de determinar en qué medida los hechos se han ajustado o no a la prestación debida. se examinan las hipótesis objetivas de perturbación de la prestación debida y de objetiva insatisfacción del acreedor. Luego, cuando tales hechos son puestos en conexión con la valorización del comportamiento de los intervinientes se podrá deducir de ello la responsabilidad. Díez-Picazo distingue las siguientes formas básicas de lesión de crédito: (i) Situaciones de no prestación: donde el deudor no ha realizado ningún acto dirigido a poner en práctica la prestación debida y, (ii) situaciones de prestación inexacta: donde el deudor ha llevado a cabo unos actos dirigidos a cumplir, es decir, ha realizado una conducta, pero éste no coincide con la prestación debida. En las situaciones de no prestación se comprenden tres hipótesis: (i) la imposibilidad sobreviniente, (ii) el incumplimiento y (iii) el retardo (que puede llegar a ser mora) (DÍEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen Segundo. Op. cit. pp. 567 y siguientes).

²¹ En el caso de mora se aplica el artículo 1194 del Código Civil. En este sentido OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Tratado de las Obligaciones”. En: Biblioteca Para Leer el Código Civil. Volumen XVI. Primera Parte. Tomo III. Op. cit. p. 175. Debe quedar claro que cuando el Código Civil utiliza la expresión “se resuelve” no se refiere a la “resolución por incumplimiento”.

²² En este sentido José León Barandiarán al comentar el artículo 1207 del Código Civil peruano de 1936 (LEÓN BARANDIARÁN, José. “Comentarios al Código Civil Peruano. Obligaciones”. Tomo II. Op. cit. p. 111).

²³ Al respecto ver CAZEAUX, Pedro y Félix TRIGO REPRESAS. “Compendio de derecho de las obligaciones”. Tomo I. Op. cit. p. 638. La culpa comprende: la culpa leve, la culpa grave y el dolo.

²⁴ *Ibidem*.

pagarse al acreedor precisamente por la inejecución de la obligación”²⁵.

Creemos que corresponde un análisis más preciso. Conforme al artículo 1321 del Código Civil, el resarcimiento por la lesión de crédito (imputable al deudor) comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. Como señala Bianca, en el caso de incumplimiento, el daño emergente se especifica, entre otros, en la pérdida por el acreedor de la prestación a la cual tenía derecho y “tal daño es representado por el valor económico de la prestación”²⁶.

En tal sentido, la segunda parte del artículo 1180 del Código Civil se referiría sólo al caso del incumplimiento, excluyendo abiertamente el caso de la mora, puesto que sólo en la hipótesis de incumplimiento el daño emergente comprende el valor económico de la prestación. Por tanto, sólo los deudores culpables responden de la indemnización de daños y perjuicios por el íntegro (comprende el valor económico de la prestación por la parte que le corresponde en las relaciones internas, el lucro cesante y el daño moral de ser el caso) mientras que los deudores no culpables sólo contribuirían a la indemnización con la parte del valor económico de la prestación incumplida que le corresponde en las relaciones internas (no responden por el lucro cesante ni por el daño moral).

El Proyecto de Enmiendas, pretende resolver el problema interpretativo del artículo 1180 y propone lo siguiente: “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”.

Esta solución es similar a la del artículo 431 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) establece: “Si varios deben una prestación indivisible responden como deudores solidarios”.

En tal sentido, se propone, en el Proyecto de Enmiendas, que la regla de la indivisibilidad se

mantenga respecto a la indemnización de daños y perjuicios y el deudor no culpable que pague tendrá derecho de reembolso contra el o los deudores culpables. Esta es una solución similar a la que propone el mismo Proyecto de Enmiendas para la solidaridad²⁷, por tanto, parecería más razonable derogar el artículo 1180 del Código Civil y en el artículo 1181 incluir la remisión al artículo 1195 (conforme al texto propuesto en el Proyecto de Enmiendas).

B. Remisión

Cuando la regla que resulta de aplicación es la de la indivisibilidad, el crédito y la deuda también son íntegros (artículo 1176 del Código Civil); lo que las asimila a los casos en que la regla que resulta de aplicación es la de la solidaridad (artículos 1185 y 1186 del Código Civil), es por ello que el artículo 1181 del Código Civil remite a algunas normas de solidaridad que son aplicables a las indivisibles (estas se refieren básicamente a los efectos secundarios en las relaciones externas y a las relaciones internas).

En este sentido Bianca señala: “En el ámbito de las obligaciones plurisubjetivas una particular previsión normativa es reservada a las obligaciones indivisibles. La indivisibilidad es una calificación que se refiere al objeto de la obligación, pero ella adquiere una relevancia específica en presencia de una pluralidad de deudores o de acreedores en cuanto crea entre estos sujetos un vínculo de solidaridad. Las obligaciones indivisibles son por tanto tradicionalmente consideradas al lado de las obligaciones solidarias, de las cuales en realidad constituyen un subtipo”²⁸.

La identificación de la regla de la indivisibilidad con la de la solidaridad se encuentra recogida en el artículo 1.317 del Código Civil italiano, el cual señala: “Las obligaciones indivisibles se regulan por las normas relativas a las obligaciones solidarias, en cuanto aplicables, salvo lo dispuesto por los siguientes artículos”.

La regla de la indivisibilidad es similar a la de la solidaridad en la medida que cada uno de

²⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Tratado de las Obligaciones”. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen XVI. Primera Parte. Tomo III. Op. cit. p. 177.

²⁶ BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 5 La responsabilità”. Milano: Giuffrè. 1994. p. 117. Según el autor italiano “el valor económico de la prestación se determina con referencia a su precio de mercado, o sea el precio medio pagado por aquel tipo de bien en el lugar del cumplimiento” (BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 5 La responsabilità”. Op. cit. p. 117).

²⁷ Ver lo dicho más adelante respecto a las similitudes ente la indivisibilidad y la solidaridad.

²⁸ BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’obbligazione”. Op. cit. p. 692.

los sujetos implicados tendrá derecho a exigir todo (pluralidad activa) y el deber de cumplir todo (pluralidad pasiva), no obstante, Cristóbal Montes precisa “que el resultar obligado “por la totalidad” no es consecuencia de la pluralidad de sujetos existentes en la obligación, sino que dimana de la condición indivisible de lo debido”²⁹. Dicho de otra manera en la indivisibilidad el deudor debe todo, no por la forma como se organiza la pluralidad de deudores sino por la naturaleza de la prestación.

Para Trabucchi: “La función práctica de la solidaridad consiste en un reforzamiento del derecho del acreedor, en parte como garantía, en parte como favorecimiento de la exacción del crédito; la indivisibilidad, por el contrario, atiene a hacerse posible la realización unitaria de la prestación”³⁰.

El artículo 1181 del Código Civil señala:

“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”.

El primer párrafo se refiere a los casos en que la pluralidad se organiza de manera parciaria (mancomunada) y la prestación es divisible, en cuyo caso la regla que resulta de aplicación es la indivisibilidad.

El segundo párrafo, en cambio, se refiere a los casos en que la pluralidad se organiza de manera solidaria y la prestación es indivisible, en cuyo caso la regla que resulta de aplicación es la solidaridad además del artículo 1177 del Código Civil que corresponde a la indivisibilidad.

El Proyecto de Enmiendas modifica el segundo párrafo en los siguientes términos: “(...) 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”.

Se propone incluir los artículos 1178 y 1179, además del 1177, que corresponden a la indivisibilidad. Además se excluyen las reglas de la solidaridad previstas en el 1187, 1189, 1190, 1191, 1200, 1201 y 1202 en el Código Civil.

V. OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

A. El principio de no presunción de solidaridad

El Código Civil en su artículo 1183 sanciona la no presunción de solidaridad en el caso de pluralidad de sujetos. Esto significa que la solidaridad sólo tiene como fuente: (i) la voluntad “expresa” de las partes (solidaridad convencional); o (ii) la ley (solidaridad legal).

El Código Civil adopta así como lo hacen numerosos códigos, el principio señalado, basándose en el criterio del *favor debitoris*. Así, Osterling Parodi fundamenta la opción diciendo: “Ello se explica porque la solidaridad pasiva es muy severa y permite al acreedor cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los codeudores”³¹.

Nosotros creemos, en cambio, que en la práctica al existir una pluralidad pasiva las partes se inclinan por la solidaridad en la medida que la solidaridad pasiva otorga mayor garantía al acreedor en la percepción del crédito³².

Este fue el criterio seguido por el artículo 1294 del Código Civil italiano que señala: “I condebitori sono tenuti sin solido, se dalla legge o dal titolo no risulta diversamente”.

Siguiendo esta línea el Proyecto de Enmiendas propone el siguiente texto:

- “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.”

²⁹ CRISTÓBAL MONTES, Ángel. Op. cit. p. 34.

³⁰ TRABUCCHI, Alberto. “Instituciones de Derecho Civil”. Tomo II. Op. cit. p. 35.

³¹ OSTERLING PARODI, Felipe. “Las Obligaciones”. Op. cit. p. 352.

³² Ver lo dicho respecto a los “contratos incompletos”.

B. Pluralidad de vínculos. Modalidades distintas

En la solidaridad pasiva, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los codeudores según su libre elección; no obstante, esta elección podría ser limitada en relación a las diversas modalidades respecto a las cuales cualquier deudor se ha obligado.

Lo dicho se encuentra regulado expresamente en el artículo 1184 del Código Civil: “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”.

Como la obligación solidaria implica una pluralidad de vínculos, es posible que cada uno de los deudores (solidaridad pasiva) esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor o, igualmente el deudor común puede estar obligado con modalidades distintas ante los acreedores (solidaridad activa).

Así, por ejemplo, en el caso de la solidaridad pasiva, a favor de uno de los codeudores podría haberse previsto un “beneficio de orden”, en base al cual el acreedor tendría que reclamar preventivamente a uno de los deudores³³. Verbigracia: Primus y Secundus se obligan solidariamente frente a Brutus a entregar S/. 300.00 y se acuerda que Brutus primero deberá dirigirse contra Primus y sólo luego, contra Secundus. Al respecto téngase en cuenta que cada una de las relaciones obligatorias podría, por ejemplo, estar sujeta a plazos de vencimiento distintos.

De acuerdo con Puig Brutau puede hablarse de “solidaridad uniforme” cuando los acreedores y deudores estén vinculados por el propio modo y por unos mismos plazos o

condiciones, se habla de “solidaridad varia o diversa” en caso contrario³⁴. Albaladejo, en cambio, en el segundo caso prefiere hablar de “solidaridad no uniforme”³⁵.

Para Bianca³⁶ otra modalidad sería el “beneficio excusión” en base al cual el acreedor primero tendrá que actuar contra los bienes de uno de los codeudores (obligado principal) y sólo si el obligado principal no tiene bienes suficientes para satisfacer el crédito podrá dirigirse contra el otro (obligado subsidiario).

El Proyecto de Enmiendas propone el siguiente texto:

- “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 encuentra 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.”

Se incluye el segundo párrafo que no se encuentra en el texto del artículo 1184 del Código Civil, el cual sólo resultaría de aplicación siempre que en la pluralidad solidaria existan más de tres deudores o acreedores.

C. Principio de prevención

Aplicar el régimen de la organización solidaria significa que cualquiera de los acreedores (solidaridad activa) puede exigir la ejecución íntegra de la prestación del deudor, sin necesidad de prestar garantía como en las indivisibles, por cuanto son titulares del íntegro.

En tal sentido el artículo 1185 Código Civil establece: “El deudor puede efectuar el pago a

³³ Ver en este sentido BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’Obbligazione”. Op. cit. p. 712.

³⁴ PUIG BRUTAU, José. “Fundamentos de Derecho Civil”. Tomo I. Segundo Volumen. Op. cit. pp. 183-184. En este mismo sentido CASTÁN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil español, común y foral”. Tomo III. Op. cit. p. 138.

³⁵ ALBALADEJO, Manuel. “Derecho Civil”. Tomo II. Primer Volumen. Op. cit. p. 92.

³⁶ BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’Obbligazione”. Op. cit. p. 712.

cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno”.

El Código Civil peruano de 1936 consagraba en el segundo párrafo del artículo 1212 el “principio de prevención” en virtud del cual el deudor debía efectuar el pago al acreedor que se lo demandaba.

“Artículo 1212.- El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero si hubiese sido demandado por alguno, a éste deberá efectuar el pago”.

El artículo 1296 del Código Civil italiano también consagra el principio de prevención cuando señala³⁷:

“El deudor tiene la elección de pagar a cualquiera de los acreedores, siempre que no haya sido requerido por uno de ellos con demanda judicial”.

Para que el deudor pierda la facultad de elección no es suficiente un requerimiento de pago extrajudicial, se requiere un requerimiento de pago judicial.

El Código Civil elimina el principio de prevención cuando establece en el artículo 1185 que “El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aún cuando hubiese sido demandado sólo por alguno”. En tal sentido el deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores solidarios dependiendo de su elección, incluso si hubiese sido demandado judicialmente por alguno de ellos.

El Proyecto de Enmiendas propone volver al principio de prevención estableciendo lo siguiente:

“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”.

D. Defensas oponibles

El artículo 1192 del Código Civil dispone: “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”.

Siguiendo a Monroy Gálvez “si el demandado, en ejercicio de su derecho de contradicción, quisiera defenderse del proceso iniciado en su contra, puede manifestar su derecho de defensa en tres modalidades distintas que, para efectos de su uso, no son excluyentes, queremos decir que el uso de una de ellas no descarta el de las otras³⁸”. Esas tres modalidades son:

- a) La “defensa de fondo”, la cual consiste “en el cuestionamiento directo que el demandado hace del derecho o de los hechos en los que el demandante sustenta su demanda. Dicho de otra manera, es la contradicción de la pretensión intentada en su contra³⁹”. Así por ejemplo, si el demandante pretende la ejecución de una prestación, el demandado ejercerá su derecho de defensa alegando el pago realizado.
- b) La “defensa previa”, “consiste en el cuestionamiento que el demandado hace a la oportunidad en que se ha iniciado el proceso, atendiendo a que el demandante **debía** haber realizado un acto previo, configurante de una especie de requisito para el ejercicio válido del derecho de acción por el demandante. Esta actividad previa está prevista regularmente en la norma jurídica, aunque en casos excepcionales puede ser convenida también por las partes⁴⁰”. Así, por ejemplo: el beneficio de inventario, el beneficio de excusión⁴¹.

³⁷ Igualmente el artículo 528 del Código Civil portugués y el 1.142 del Código Civil español.

³⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. “Las excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”. En: La formación del proceso civil peruano (Escrito Reunidos). Segunda edición aumentada. Lima: Palestra. 2004. pp. 359-360.

³⁹ *Ibíd.* p. 360.

⁴⁰ *Loc. cit.*

⁴¹ “Artículo 455 del Código Procesal Civil.- Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones”.

- c) La “defensa de forma”, esta es la “excepción”. “Cuando una persona interpone una excepción en realidad lo que está haciendo es denunciar que en el proceso no existe o existe, pero de manera defectuosa, un presupuesto procesal, o que no existe o existe, pero de manera defectuosa, una condición de la acción”⁴².

Al hablar de excepciones el artículo 1192 Código Civil lo hace, no en su sentido técnico o procesal, sino en un sentido más amplio que incluye la “defensa de fondo”.

Las excepciones (“medios de defensa de fondo”) pueden ser de dos clases:

- a) Excepciones subjetivas o personales.-son “aquellos casos en los cuales el derecho de rehusar la prestación aparece fundado en circunstancias personales de uno de los obligados o, si se prefiere, un derecho de rehusar la prestación que encuentra su fundamento en un hecho estrictamente personal”⁴³.

Se ubican en esta categoría⁴⁴:

- Aquéllas que determinan la nulidad o anulabilidad del negocio constitutivo para uno solo de los deudores (ejemplo: incapacidad de ejercicio de uno de los deudores);
- Las derivadas de modalidades existentes para uno o alguno de ellos (ejemplo: existencia de un plazo en la obligación de uno de los deudores).

Las “excepciones personales” se distinguen, a su vez, en “excepciones inherentes a la persona” (ejemplo: incapacidad) y en “excepciones personales *strictu sensu* como aquella que se deriva de modalidades distintas para cada uno de los deudores. O, como las distingue

Hinestrosa: (i) “puramente personales” (ejemplo: la incapacidad) y (ii) “simplemente personales” (por ejemplo, la relación obligatoria con modalidades distintas).

- b) Excepciones objetivas, comunes o reales.- Son aquellos casos en los cuales el derecho de rehusar la prestación aparece fundado en circunstancias comunes a todos los obligados o, si se prefiere, un derecho de rehusar la prestación que encuentra su fundamento en un hecho común.

Se ubican en esta categoría⁴⁵:

- Aquéllas que determinan la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico constitutivo aplicable a todos los sujetos (ejemplo: la prestación es originariamente física o jurídicamente imposible);
- Las causas de extinción de la relación (ejemplo: el pago);
- Las modalidades que afectan la obligación con relación a todos los deudores solidarios (ejemplo: si el acto está sujeto a condición suspensiva).

Bianca, comentando el Código Civil italiano señala: “Las excepciones se distinguen en comunes y personales. Excepciones comunes son aquellas que tienen como objeto causas de invalidez, extinción e inexigibilidad que inciden sobre todas las relaciones obligatorias. Excepciones personales son en cambio aquellas que se refieren exclusivamente a la relación del deudor o del acreedor individual. Las causas de invalidez pueden constituir objeto de excepciones personales cuando, por ejemplo, se fundan en la incapacidad de ejercicio o en un vicio del consentimiento del codeudor individual. Excepciones personales son también aquellas que se fundan en las diversas modalidades de la prestación. Al codeudor individual, por ejemplo, podrían haberse

⁴² MONROY GÁLVEZ, Juan. “Las excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”. En: Op. cit. p. 368. Los presupuestos procesales son: (i) La competencia; (ii) La capacidad procesal; (iii) Los requisitos para la demanda. Las condiciones de la acción son: (i) El interés para obrar; (ii) La legitimidad para obrar.

⁴³ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit. p. 102. En el mismo sentido BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’Obbligazione”. Op. cit. p. 715.

⁴⁴ SALVAT, Raymundo. “Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General.” Tercera edición. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menendez. 1935. p. 369.

⁴⁵ SALVAT, Raymundo. Op. cit. p. 367.

acordado un plazo para el pago más largo o el beneficio de excusión⁴⁶.

A diferencia del Código Civil, el artículo 1.148 del Código Civil español distingue tres tipos de excepciones: (i) las que se derivan de la naturaleza de la obligación (nuestras excepciones comunes); (ii) las que le son personales al deudor en cuestión (las puramente o estrictamente personales); y, (iii) las que personalmente corresponden a los demás deudores (las simplemente personales). En este sentido, Caffarena Laporta señala: “En resumen, para nosotros en materia de excepciones oponibles hay que distinguir tres tipos: las reales, las personales y las puramente personales. Las primeras son “aquéllas que se deriven de la naturaleza de la obligación” en el lenguaje del Código, pertenecen a todos los deudores y afectan a la totalidad de la deuda. Las segundos pertenecen al deudor en cuya persona se da el hecho de cual derivan, pero se permite a los codeudores servirse de ellas por la parte o cuota en que aquél participa de la deuda. Las terceras derivan también de hechos concernientes a un solo deudor, tan sólo a éste pertenecen, y no pueden los codeudores utilizarlas frente al acreedor de ninguna manera⁴⁷.”

De acuerdo con el artículo 1192 Código Civil: “A cada uno de los (...) deudores solidarios sólo pueden oponérsele las excepciones que les son personales y las comunes a todos los (...) deudores”.

Todos los codeudores pueden valerse de las excepciones comunes frente al acreedor común. Respecto a las excepciones personales rige la regla de acuerdo con la cuál en la solidaridad pasiva el deudor no puede valerse de las excepciones personales a los otros codeudores.

Bianca advierte que la regla que aplica a las excepciones personales en la solidaridad pasi-

va tiene tres excepciones importantes⁴⁸:

- a) Cuando la relación obligatoria ha sido contraída en interés exclusivo de uno de los deudores.
- b) Respecto a las causas extintivas de la relación obligatoria.
- c) Respecto a las causas de nulidad del título.

El Proyecto de Enmiendas propone:

“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 puede apreciarse se precisa la terminología utilizando el término “defensas” en lugar de “excepciones”⁴⁹.

E. Mora e incumplimiento

El artículo 1195 del Código Civil establece lo siguiente: “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”.

La solidaridad pasiva cumple una función de garantía. Díez-Picazo al respecto señala: “se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos”⁵⁰. Más adelante afirma: “(...) todos los deudores asumen la total

⁴⁶ BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’Obbligazione”. Op. cit. p. 715.

⁴⁷ CAFFARENA LAPORTA, Jorge. “La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva”. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derechos Reunidas. 1980. p. 53.

⁴⁸ BIANCA, Massimo. “Diritto Civile. 4 L’Obbligazione”. Op. cit. p. 715.

⁴⁹ El artículo 514 del Código Civil portugués habla de “medios de defensa”.

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen I. Segunda edición. Madrid: Tecnos. 1986. p. 432.

responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos. Cuando se habla de una solidaridad de deudores se está aludiendo en rigor a una responsabilidad solidaria⁵¹.

Si tenemos en cuenta la función de garantía que tiene la solidaridad pasiva, es claro que el artículo 1195 resulta totalmente contradictorio, más aún si el mismo legislador, en la exposición de motivos, comentando el artículo 1186, reconoce: “El precepto responde, cabalmente, a la verdadera naturaleza jurídica de la solidaridad, vale decir, a la unidad de prestación, y demuestra que es ésta la garantía personal por excelencia⁵²”.

Nosotros consideramos que, teniendo en cuenta la función de garantía que cumple la solidaridad pasiva, resulta totalmente aplicable lo señalado por Albaladejo “(...) cada acreedor se encuentra garantizado por la responsabilidad total que alcanza a cada deudor por los actos de cualquiera de ellos (...)”⁵³; lo que significa que cualquier codeudor debe responder frente al acreedor de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento quedando a salvo que en las relaciones internas quien pague puede repetir frente al deudor culpable.

En este sentido el Proyecto de Enmiendas propone:

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

Respecto a la mora del deudor, el artículo 1194 del Código Civil establece: “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”.

Osterling Parodi señala comentando el

artículo transcrito: “En cuanto al aspecto sustantivo, señala que la constitución en mora es personal y que, por tanto, no produce efecto respecto a los otros codeudores o coacreedores solidarios” y luego añade: “La culpa o el dolo, requisitos para que el codeudor o coacreedor solidario pueda ser constituido en mora, no se transfieren de ningún modo a los demás codeudores o coacreedores. Por ello el Código de 1984 prescribe en forma explícita que la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios, no tiene efecto respecto a los otros⁵⁴”.

Respecto a la mora del deudor debe recordarse que se trata de un retardo imputable al deudor y, que de acuerdo con el artículo 1333 del Código Civil, para que el deudor quede constituido en mora es necesario que el deudor sea interpelado por el acreedor (*mora ex persona*).

En tal sentido, cuando estamos frente a un caso de solidaridad pasiva, sólo quedará constituido en mora el deudor que, por culpa o dolo, retardara la ejecución de la prestación y siempre que hubiera sido interpelado. En tal sentido a los deudores culpables que no fueron interpelados y a los deudores no culpables no les alcanza la constitución en mora.

Si estuviéramos frente a un caso de *mora ex re*, entonces, todos los deudores culpables quedarán constituidos en mora de manera automática. Los deudores no culpables no quedan constituidos en mora.

En nuestra opinión, por los mismos argumentos señalados al comentar el Proyecto de Enmiendas respecto al artículo 1195, creemos que la constitución en mora de uno de los deudores solidarios debe surtir efecto respecto de los demás; sin perjuicio del derecho de reembolso de lo pagado por concepto de mora contra el o los culpables (la modificación además se complementa adoptando la mora automática en el artículo 1333 del Código Civil).

Respecto a la mora del acreedor se requieren los siguientes presupuestos para que confi-

⁵¹ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit. Primer Volumen. p. 432.

⁵² OSTERLING PARODI, Felipe. “Las obligaciones”. Op. cit. p. 353.

⁵³ ALBALADEJO, Manuel. “Derecho Civil”. Tomo II, Primer Volumen. Barcelona: Librería Bosch. 1980. p. 99.

⁵⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. Op. cit. pp. 114 y 115.

gure (ver artículo 1338 del Código Civil):

- a) Respecto del deudor: el ofrecimiento de pago de la prestación debida.
- b) Respecto del acreedor: la negativa, sin motivo legítimo, a prestar su colaboración.

Debemos advertir, sin embargo, que no es cualquier negativa la que constituye en mora al acreedor, sino que ésta debe ser injustificada o ilegítima.

Nuestro Código Civil, en el artículo 1338, utiliza la expresión “sin motivo legítimo”, lo que puede originar dudas sobre su significado.

Para un sector doctrinario, especialmente el argentino, la mora *creditoris* reconoce un ingrediente subjetivo; es decir, se requiere la culpa del acreedor para su constitución en mora⁵⁵. En tal sentido la expresión “sin motivo legítimo” o “injustificada” sería sinónima de culpa.

Otro sector, en cambio, considera que la mora del acreedor no presupone el factor subjetivo de atribución, así Díez-Picazo señala “la mora *credendi* no presupone una especial culpabilidad del acreedor moroso en la realización de la prestación.”⁵⁶

En este mismo sentido Visintini afirma: “En definitiva aquello que cuenta para los fines de la operatividad de los efectos de la mora es la individualización de los casos en los cuales sea debida la cooperación del acreedor: la omisión de esta, aún si inculpable, o provocada por las circunstancias a él no imputables, gatilla todos los efectos de la mora”⁵⁷.

Igualmente, Larenz dice “en sentido propio no es posible semejante culpa porque el acreedor, como tal, no está obligado, según el criterio legal, en principio, ni a la aceptación

ni a otra clase de cooperación”⁵⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico si los efectos de la mora del acreedor se inducen analógicamente con los de la mora *debitoris* debería admitirse la necesidad del factor de atribución subjetivo. Sin embargo, siguiendo a Larenz, consideramos que como no corresponde al acreedor un deber jurídico, no puede hablarse de culpa, por tanto, individualizados los casos en que se requiere la colaboración del acreedor, su omisión sin una causa justificada genera la situación de mora.

Siendo esto así, creemos que la respecto a la mora del acreedor, sólo el acreedor que recibe el ofrecimiento de pago y se niegue injustificadamente a recibir la prestación es el que debe quedar constituido en mora (mora *creditoris*).

El Proyecto de Enmiendas propone para el tema de la mora el siguiente tenor:

“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”.

Por las razones antes expuestas, compartimos la solución respecto a la mora del deudor pero no respecto a la mora del acreedor.

E. Interrupción de la prescripción

El artículo 1196 del Código Civil señala: “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

⁵⁵ LÓPEZ CABANA, Roberto. “La demora en el derecho privado”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1989. p. 126. En el mismo sentido MOISSET DE ESPANES, Luis. En: Op. cit. p. 37.

⁵⁶ Díez-PICAZO, Luis. Op. cit. p. 735. En el mismo sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Op. cit. p. 142.

⁵⁷ VISINTINI, Giovanna, CANNATA, Carlo Augusto y Marco PROSPERETTI. “L’adempimento delle obbligazioni”. En: Trattato di Diritto Privato. Diretto da Pietro Rescigno. Primer Volumen. Tomo I. Torino: UTET. 1988. p. 141.

⁵⁸ LARENZ, Karl. Op. cit. p. 376. En el mismo sentido ver HEDEMANN, Justus Wilhelm. “Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones”. Tercer Volumen. Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. p. 188. ENNECCERUS, Ludwig. Op. cit. Primer Volumen. Tomo II. p. 294. VON TUHR, Andreas. “Tratado de las obligaciones”. Tomo I. Madrid: Editorial Reus. 1934. p. 64, nota (2).

demás deudores o acreedores”.

El proyecto de Enmiendas añade un párrafo “salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible”.

De acuerdo con el artículo 1933 del Código Civil: “La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho”.

Conforme con el primer párrafo del artículo 1184 del Código Civil:

“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.”

En tal sentido, resulta lógico que si cada uno de los deudores solidarios está obligado como modalidades diferentes frente al acreedor (“solidaridad no uniforme”) y la obligación de uno aún no es exigible, si se interrumpe la prescripción respecto de los demás, ésta no podrá interrumpir una prescripción que no ha empezado a correr.

G. Suspensión de la prescripción

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1197 Código Civil:

“(…)

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”.

El deudor que ejecuta el íntegro de la prestación goza del derecho de regreso frente a los demás deudores. El derecho de regreso es aquel que concede al deudor solidario (o

indivisible) que pagó la deuda la posibilidad de reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda.

En nuestro Código Civil el deudor solidario (o indivisible) que pagó tiene dos vías para ejercer su derecho de regreso: (i) La acción de regreso; o, (ii) La subrogación.

Solamente se podrá ejercitar la acción de regreso cuando no proceda la subrogación o cuando quien podría subrogarse no lo hace.

La acción de regreso presupone la extinción de la obligación y constituye un derecho *ex novo* que permite al titular reclamar a cada codeudor su parte de la deuda.

La subrogación es la otra vía en virtud de la cual el deudor solidario (o indivisible) que pagó la deuda tiene para reclamar la parte que le corresponde a cada uno de los codeudores en las relaciones internas. La subrogación implica que el acreedor que recibe el pago transfiere su crédito al deudor que paga, el cual ocupará la posición del acreedor originario. Al subrogarse pretenderá de sus codeudores la parte que les corresponde.

El artículo 1197 del Código Civil se refiere a la suspensión de la prescripción e indica que “la suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás”. Esto supone que es posible que mientras el plazo de prescripción se mantiene suspendido para uno de los deudores, se produzca la prescripción respecto de los demás. Si esto fuera así ¿qué pasa si el deudor cuyo plazo de prescripción se encuentra suspendido paga? ¿Mantiene el derecho de regreso frente a sus codeudores liberados por prescripción?

El segundo párrafo del artículo 1197 precisamente responde estas preguntas. En este caso el deudor que paga el íntegro tiene el derecho de regreso pero una sola vía: la acción de regreso, por eso habla de “repetición”, aunque de manera incorrecta. En efecto, el término “repetición” supone restitución de quien recibió, cuando en realidad, en este caso, lo que corresponde es que le “reembolsen” lo que se pagó. En el segundo párrafo del artículo 1197, no procede la subrogación pues el deudor se sustituiría en una relación obligatoria prescrita.

Así, por ejemplo: D_1 , D_2 y D_3 se obligan solidariamente a pagar a A, la suma de $S/300$. Si D_1 y A se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, se suspende la prescripción respecto de ellos (inciso 2 del artículo 1994 del Código Civil⁵⁹) y sigue corriendo respecto de D_2 y D_3 . Si prescribiera respecto de éstos y luego D_1 le pagara a A, entonces D_1 tiene derecho de regreso por vía de la acción de regreso contra D_2 y D_3 .

El Proyecto de Enmiendas propone:

- “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.”

Como puede observarse el texto le otorga la vía de subrogación, por lo que por las razones antes expuestas no estamos de acuerdo con la modificación propuesta en el Proyecto de Enmiendas, sin perjuicio de corregir el término “repetir”.

H. Renuncia a la prescripción

El artículo 1198 del Código Civil establece: “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. (...)”.

Al respecto hay que distinguir entre la renuncia anticipada al derecho de prescribir y la renuncia a la prescripción ya ganada. El derecho a prescribir es irrenunciable conforme al artículo 1990 del Código Civil.

“El derecho de prescribir es irrenunciable.

Es nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción.

Lo que sí es posible es la renuncia a la prescripción ya ganada conforme al artículo 1991 que señala: “Puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada”.

En el caso de la solidaridad pasiva la renuncia a la prescripción ya ganada por uno de los deudores solidarios no surte efecto respecto de los demás y el deudor solidario que renuncia y paga pierde el derecho de regreso. El artículo del Código Civil utiliza la expresión “no puede repetir” mientras el Proyecto de Enmiendas dice, con mayor propiedad “no tiene derecho a reembolso”, veamos:

- “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 a favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás.”

I. Cobertura de la insolvencia

Conforme al artículo 1204 Código Civil:

“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”.

La obligación, como aspecto pasivo de la relación obligatoria, está compuesto por dos elementos: (i) el deber o la deuda; es decir, la necesidad de realizar una determinada conducta y; (ii) la responsabilidad, es decir, la sujeción de los bienes del deudor para soportar las consecuencias del incumplimiento.

Como señala Díez-Picazo “la verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor para

⁵⁹ Dicho sea de paso, en nuestra opinión, no se justifica que el inciso 2 del artículo 1994 del Código Civil sólo se refiera al caso en que los cónyuges adopten el régimen de sociedad de gananciales.

hacer frente a sus obligaciones. Es decir, está en la solvencia entendida como aptitud del patrimonio para cumplir”⁶⁰.

La “cobertura de la insolvencia” funciona sólo respecto de las relaciones internas puesto que en las relaciones con el acreedor la insolvencia de uno de los deudores solidarios no lo afecta, dado que siempre podrá dirigirse contra los demás codeudores solidarios (función de garantía de la solidaridad pasiva). La “cobertura de la insolvencia” en las obligaciones solidarias significa que en caso de insolvencia de alguno de los deudores solidarios, su parte (en las relaciones internas) se distribuye entre los demás.

Así, el primer párrafo del artículo 1204 Código Civil establece que si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.

Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás (segundo párrafo del artículo 1204 Código Civil).

La cobertura de la insolvencia se mantiene mientras dura la insolvencia. Una vez que el insolvente deja de serlo, el deudor o deudores que realizaron la cobertura, tienen el derecho a reclamarle el reembolso la parte que ha sido cubierta.

El Proyecto de Enmiendas añade un tercer párrafo donde se hace esta última precisión: “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”.

VII. CESIÓN DE DERECHOS

El cambio más radical que trajo el Código Civil peruano de 1984 en materia de obligaciones, y quizá el menos comprendido en el quehacer profesional, es el referente a la transferencia de las situaciones jurídicas subjetivas distintas a la propiedad.

El Código Civil de 1936 regulaba la cesión de créditos en el Libro quinto referido al derecho de obligaciones, específicamente en la sección quinta denominada “de los diversos contratos”.

Castañeda al respecto decía: “así como las cosas se venden, se cambian o se donan, los créditos y, en general, los derechos también se venden, se permutan o se donan. Los contratos de compra-venta, de permuta y donación tienen por objeto sólo cosas, no derechos”⁶¹.

Resulta claro que para el legislador de 1936, la cesión de créditos era un contrato cuya función económica consistía en la transferencia de la titularidad de un crédito, pudiendo realizarse a título oneroso o gratuito.

Esta última, es la postura que adoptan la mayoría de los Códigos latinoamericanos como el chileno (artículo 1901 y siguientes), el argentino (artículo 1434 y siguientes), el colombiano (artículo 1959 y siguientes), el ecuatoriano (artículo 1868 y siguientes) y el salvadoreño (artículo 1691 y siguientes).

De acuerdo con Castañeda: “no sólo se ceden créditos sino también derechos, razón por la que la denominación resulta insuficiente. Y la cesión de derechos se rige por las mismas disposiciones que regulan la cesión de créditos, por razón analógica”⁶².

El Código Civil de 1984, en cambio, ha regulado la “cesión” dentro del Capítulo Único del Título VII (transmisión de las obligaciones) de la Sección Primera del Libro VI. Lo hace, como un acto de disposición; es decir, como el modo de transferir la titularidad de cualquier situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad. En tal sentido utiliza la denominación “cesión de derechos”, siendo la cesión de créditos una especie de aquélla.

La titularidad de un crédito puede ser objeto de transferencia, como lo puede ser cualquier situación jurídica, salvo que las partes, la naturaleza de la obligación o la ley lo impidan.

⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Primer Volumen. Op. cit. p. 389.

⁶¹ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “La cesión de créditos”. Lima: Universidad de Lima, s/a.

⁶² *Ibid.* p. 6.

En otras palabras, el crédito, como la propiedad, puede ser objeto de transferencia.

En tal sentido, la transferencia de la titularidad de un crédito debe ser estudiada dentro del sistema general de transferencias, tomando en cuenta sus aspectos comunes y particulares.

Dentro de esta idea, debemos comprender que la transferencia de la titularidad del crédito constituye un efecto jurídico, el cual, de acuerdo con “la ley de la causalidad jurídica” responde a una causa. Es decir, que no puede producirse el efecto traslativo de la titularidad de ninguna situación jurídica subjetiva sin un hecho que constituya la realización del supuesto normativo, causa o antecedente legal necesario de tales consecuencias⁶³.

La doctrina y las diversas legislaciones se han referido a la transferencia de la titularidad de la situación jurídica creditoria, con la expresión “cesión de crédito”. Pero el término cesión tiene un significado anfibológico, pues no solamente se refiere al efecto sino, también, a la causa. En este sentido Panuccio ha dicho: “En la cesión el perfil del hecho y el perfil del efecto están íntimamente conectados y comúnmente se confunden. A veces por cesión se entiende la ideal transformación del mundo jurídico que consiste en la transferencia del crédito, es decir una diversa forma de darse el efecto jurídico. A veces se llama cesión al hecho real que ha determinado la transformación, por tanto no ya el efecto sino su antecedente jurídico⁶⁴”.

El artículo 1206 del Código Civil establece lo siguiente: “La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto”.

Del artículo transcrito se desprende que el legislador adopta, para la transferencia de la titularidad de situaciones subjetivas creditorias⁶⁵, la teoría de la doble causa, siendo la cesión el modo o acto de disposición.

De la Puente y Lavalle, ponente del articulado respectivo, señala en la exposición de motivos: “Pienso que la cesión de derechos es un acto jurídico cuya finalidad es establecer el modo como se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, bien sea contractual, como es el caso de la compraventa, la permuta, la donación, etc. de derechos, o bien extracontractual, como en el caso de la herencia o una disposición legal⁶⁶”.

Se acoge, por lo menos en principio, el sistema germánico de cesión de créditos que puede ser explicado de la siguiente manera: “La cesión convencional (*Abtretung*) es un acto jurídico que recibe la consideración de negocio de disposición (*Verfügungsgeschäft*) o contrato real (*dinglicher Rechtsgeschäft*). Éste consiste en el acuerdo de voluntades en producir la transmisión (...), negocio que es ejecución o cumplimiento de una obligación de ceder que resulta de otro negocio jurídico, al que llamamos negocio obligacional (*obligatorisches Rechtsgeschäft*), que sería la causa última de la cesión, y que puede consistir tanto en un contrato (*pactum de cedendo*) de compraventa, permuta, donación (...)⁶⁷”.

Decimos que sólo en principio puesto que para el sistema germánico la cesión, como veremos, es un acto abstracto, lo que no sucede en nuestro sistema donde la cesión es un acto causado. En tal sentido, la bibliografía alemana sobre la materia debe ser utilizada, entre nosotros, con mucha cautela.

⁶³ ABELENDA, César Augusto. “Derecho Civil. Parte General”. Tomo II. Buenos Aires: Astrea. 1980. p. 173.

⁶⁴ PANUCCIO, Vincenzo. “La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento”. Milano: Dott. A. Giuffrè, Editore, 1955. p. 5. En el mismo sentido MENGONI (MENGONI, Luigi. Op. Cit. p. 2. nota (1). La legislación alemana utiliza el término *Abtretung* para referirse al hecho y el término *Übertragung* o *Forderungsübertragung* para los efectos.

⁶⁵ El artículo 1206 en realidad pretende comprender no sólo una cesión de créditos sino otras situaciones jurídicas distintas a la propiedad.

⁶⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel citado por OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Tratado de las obligaciones”. En: Para Leer el Código Civil. Volumen XVI, Primera Parte. Tomo III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1994. p. 476. Nuestro Código no se limita a la transferencia de la titularidad del crédito sino comprende la transferencia de cualquier situación jurídica subjetiva distinta a la propiedad.

⁶⁷ GAVIDIA SANCHEZ, Julio Vicente. “Sistemas germánicos de cesión de créditos (I)”. En: Anuario de Derecho Civil. Tomo XLV, fascículo I, Enero-Marzo, MCMXCII. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid. p. 103.

De esta manera el legislador se aparta de la opción del Código Civil de 1936 que consideró a la cesión como un contrato creador de obligaciones. La cesión de créditos era considerada, en el Código derogado, un contrato por el cual el “cedente” **se obligaba** a transferir al “cesionario” la titularidad (“propiedad”) de un derecho de crédito. Se pretendía así, dar un carácter autónomo a la cesión.

No obstante, así definida la cesión se confundía con cualquier otro contrato cuya función consistiera en transferir la titularidad de la propiedad, así la compraventa, la donación o la permuta. En efecto, se hablaba de “cesión-venta”, si la cesión se realizaba a cambio de un precio; “cesión-donación”, si era gratuita y “cesión-permuta”, si era por otro crédito.

Una variante de esta posición se encuentra en el *Code* de Napoleón, el Código Civil belga y en el Código Civil español. En éstos, la cesión de créditos no constituye un contrato autónomo, sino una variedad de la compraventa. En tal sentido Mengoni señala: “La cesión de créditos, desde el punto de vista de la *fattispecie*, no es una categoría autónoma, sino es una venta o permuta (cesión a título oneroso) o bien una donación (cesión a título gratuito)”⁶⁸.

De hecho, el Código Civil español regula la cesión de créditos (y de otros derechos) dentro del Título relativo a la compraventa (artículo 1.526 y siguientes).

Adoptar el sistema del título y del modo para la transferencia de la titularidad de un crédito como lo hace nuestro Código Civil, es un absurdo. En efecto, debe recordarse que

el sistema del título y del modo encuentra su justificación cuando se pretende que la transferencia de la titularidad de una situación jurídica, producida en virtud de un contrato, sea conocida *erga omnes*. En efecto, dado que mediante el contrato (título) no es posible dar publicidad a la transferencia es que se recurre al modo, que precisamente constituye el mecanismo de publicidad, así piénsese en la tradición o en el registro.

En nuestra opinión para la transferencia de la titularidad del crédito debería consagrarse el sistema de la causa única, de tal manera que, el efecto traslativo (la cesión como efecto) se produce de manera inmediata a la celebración de cualquier contrato con función traslativa. Esta es la solución que, por ejemplo, brinda el Código Civil italiano. En efecto, el Código Civil italiano de 1942 y el portugués de 1966, entienden que la cesión no reviste un carácter negocial sino que, más bien, constituye un efecto de los negocios con función económica traslativa.

De esta manera la cesión de créditos no sería una categoría autónoma. Si la transferencia del crédito es a cambio de un precio no es otra cosa que una compraventa⁶⁹. Si es gratuita se tratará de una donación.

En este orden de ideas Mengoni señala: “La cesión de créditos, desde el punto de vista de la *fattispecie*, no es una categoría autónoma, es una venta o permuta (cesión a título oneroso) o bien una donación (cesión a título gratuito)”⁷⁰.

Por lo tanto en nuestra opinión, en el tema de la cesión de créditos el cambio debería ser radical.

⁶⁸ MENGONI, Luigi. Op. cit. p. 22. nota (6). Comparte esta apreciación NAVARRO PEREZ, José Luis. “La cesión de créditos en el derecho civil español”. Granada: Editorial Comares. 1988. p. 28.

⁶⁹ Curiosamente el Código Civil de 1852 si admitía la venta de derechos. A propósito también sería conveniente modificar los artículos 1529, 1602, 1621 del Código Civil para que no se refieran únicamente a la transferencia de la propiedad sino que comprendan la transferencia de cualquier otro derecho.

⁷⁰ MENGONI, Luigi. Op. cit. p. 22. nota (6). Comparte esta apreciación NAVARRO PEREZ, José Luis. “La cesión de créditos en el derecho civil español”. Granada: Editorial Comares. 1988. p. 28.