

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

*Carlos Cárdenas Quirós**

RESUMEN

En el presente estudio, el autor se refiere a algunas reformas propuestas al Código Civil peruano de 1984 en materia de derecho de obligaciones, presentadas a la Comisión Reformadora del Código Civil de dicho país, de la cual es integrante.

En el primer capítulo, el autor se refiere a algunas precisiones relacionadas con la organización sistemática del Código, que según afirma, es una de las reformas que deben hacerse. Los temas que propone reorganizar, tiene que ver con el concepto de obligación, clases, efectos y responsabilidad civil, entre otros.

En el segundo capítulo “Precisiones terminológicas”, el autor analiza algunas “calificaciones impropias” contenidas en el Código vigente indicando las precisiones que considera, deben introducirse.

En la tercera parte se describen algunas materias que se propone sean objeto de regulación, tales como las obligaciones con prestaciones de dar bienes fungibles; las mejoras naturales y artificiales que pueden incorporarse al bien objeto de la prestación de dar; entre el momento de contraerse la obligación y hasta la entrega del bien; la obligación con prestación subsidiaria; la obligación propiamente mancomunada; las obligaciones disyuntivas o subjetivamente alternativas.

Finalmente, en el cuarto capítulo, indica el autor, algunas propuestas específicas de reforma, relacionadas con: la elección en el ámbito de las obligaciones con prestación de dar un bien incierto y con prestaciones

Fecha de recepción: 25 de abril de 2003.

* Catedrático de derecho civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima.

alternativas; la duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa; responsabilidad por incumplimiento en las obligaciones indivisibles y solidarias; reglas aplicables cuando la obligación es indivisible y solidaria; presunción de solidaridad pasiva; constitución en mora en la deuda y crédito solidarios; suspensión y renuncia de la prescripción en la deuda y crédito solidarios; unificación del régimen de los intereses por mora en defecto de pacto; pago por consignación; dación en pago; condonación y mora.

El estudio está soportado además, en citas de doctrinantes de diferentes latitudes y referencias a legislaciones extranjeras, como es el caso de los códigos civiles francés, brasileño, chileno, colombiano, ecuatoriano, uruguayo, español, alemán, argentino, italiano de 1942, venezolano de 1942, portugués de 1967, boliviano de 1975, paraguayo de 1987, Código libanés de las obligaciones y de los contratos, los códigos mexicanos, como los del distrito federal, Quintana Roo y Jalisco, Costa Rica, Guatemala, Bolivia, códigos civiles de Perú de 1936 y 1984.

Palabras clave: Código Civil de Perú de 1984, derecho de obligaciones, derecho de contratos, responsabilidad civil, Comisión reformadora del Código Civil.

ABSTRACT

In this paper, the author refers to some proposals pursuing the reform of the Obligations Chapter of the Peruvian Civil Code of 1984 presented before the Commission for the Reform of the Civil Code of this country. The author belongs to that commission.

In the first chapter, the author refers to some issues associated to the structure of the code, one of the changes that should be made in it. The author proposal includes changes of topics such as the obligation concept, types of obligation, effects and torts among others.

In the second chapter, "Precisions of Terminology", the author points out some "inappropriate qualifications" inside the Code indicating the issues that should be introduced.

In the third part the paper stands for some topics that should be regulated, such as obligations with responsibility of give fungible goods; natural and artificial benefits that can be incorporated to the goods of the obligation duty of give; among the moment of the agreement until the confer of the good; the obligation with a subsidiary duty; the mutuality of one the parts of the obligation; the subjective-alternative obligations.

Finally, in the fourth chapter, the author presents some propositions of reform about the election in the focus of the obligations with the duty of give an uncertain good and with alternative duties; the doubt among facultative and alternative obligations; the liability for the default on indivisible and solidary obligations; applicable rules to indivisible and solidary obligations; presumption of passive solidarity; credit default and solidary credit; suspension and disclaimer of time of a debt and solidary credit; unification of the interest rates in credit default; pay by deposit; payment by giving goods; remission and default.

The paper is also supported by citation of multiple authors from different places and references to foreign legislation as in the case of the Civil Codes form France, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador Uruguay, Spain, Germany, Argentina, Italy (1942), the Venezuelan from 1942, from Portugal of 1967, Bolivian from 1975, Paraguayan form 1987, from the Lebanese Code of Obligations and Contracts, the Mexican Codes such as the one of the Federal District, Quintana Roo and Jalisco, Costa Rica, Guatemala, Bolivia and Civil Codes from Peru of 1936 and 1984.

Key words: *Peruvian Civil Code of 1984, Obligations, Contracts, Torts, Commission for the Reform of the Civil Code*

SUMARIO

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

I. ORGANIZACIÓN SISTEMÁTICA

II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

III. MATERIAS NUEVAS QUE SE PROPONE NORMAR

IV. ALGUNAS PROPUESTAS ESPECÍFICAS DE REFORMA

- 4.1. La elección en el ámbito de las obligaciones con prestación de dar un bien incierto y con prestaciones alternativas
- 4.2. La duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa
- 4.3. Responsabilidad por incumplimiento en las obligaciones indivisibles y solidarias
- 4.4. Reglas aplicables cuando la obligación es indivisible y solidaria
- 4.5. Presunción de solidaridad pasiva

- 4.6. Constitución en mora en la deuda y crédito solidarios
- 4.7. Suspensión y renuncia de la prescripción en la deuda y crédito solidarios
- 4.8. Unificación del régimen de los intereses por mora en defecto de pacto
- 4.9. Pago por consignación
- 4.10. Dación en pago
- 4.11. Condonación
- 4.12. Mora
- 4.13 La pena obligacional

V. CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

En noviembre de 1994, cumplidos diez años de la vigencia del Código Civil, mediante la Ley 26394, modificada por la Ley 26673 de octubre de 1996, se dispuso la constitución de una comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil. La Comisión está integrada por cinco representantes del poder legislativo, uno de los cuales la preside, y ocho representantes del poder ejecutivo.

Corresponde a dicha comisión evaluar los aciertos y defectos del Código Civil de 1984, con el objeto de mantener los primeros y enmendar los segundos.

En las líneas que siguen voy a ocuparme de algunas de las reformas que en mi opinión deben introducirse al Código en materia de derecho de obligaciones, las que constan en el documento de trabajo que he preparado para su revisión por encargo de la Comisión Reformadora del Código Civil que integro.

I. ORGANIZACIÓN SISTEMÁTICA

El libro de Obligaciones cuenta actualmente con dos secciones que se ocupan de las modalidades y de los efectos de las obligaciones, respectivamente.

Como consecuencia del debate producido en el pleno de la Comisión Reformadora acerca del proyecto de modificaciones a la sección primera del libro VII —dedicada a las normas sobre el contrato en general—, se ha acordado trasladar la mayor parte de los artículos contenidos en el título III —Objeto del contrato— de dicha sección, a una nueva sección del libro de Obligaciones, que será la primera y que estará referida a disposiciones generales.

Allí quedarán incluidas las normas relativas a los requisitos de la obligación, de la prestación y de su objeto, el arbitrio de un tercero, los bienes que pueden ser

objeto de la prestación de dar y la responsabilidad patrimonial genérica del deudor. Igualmente se incorpora un artículo que contiene una definición de la obligación y otro que precisa cuáles son las fuentes de las obligaciones, en los siguientes términos:

“Artículo 1131-A. La obligación es la relación jurídica de carácter patrimonial en virtud de la cual el acreedor tiene derecho a exigir al deudor la ejecución de una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer.

La prestación, aunque no tenga contenido económico, debe corresponder a un interés del acreedor merecedor de protección legal”.

“Artículo 1131-B. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, de la gestión de negocios, del enriquecimiento sin causa, de la promesa unilateral, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente y de cualquier hecho o acto al que la ley atribuya tal efecto”.

En la sección segunda del libro, que actualmente es la primera y que propongo se denomine “Clases de obligaciones”, se regulan los distintos tipos de obligaciones: según su contenido, con pluralidad de prestaciones y con pluralidad de sujetos, así como el reconocimiento de deuda y la trasmisión de obligaciones.

En la sección tercera, actualmente la segunda, se regulan los efectos de las obligaciones.

Finalmente, en la sección cuarta, que también es nueva, se desarrolla lo referido a la responsabilidad civil. En la subcomisión correspondiente se ha acordado, en principio, reunir el tratamiento ambos tipos de responsabilidad y ubicar la cuestión en el libro de Obligaciones. En tal sentido, la nueva sección cuarta incluirá, en primer término, las disposiciones comunes a ambas modalidades de responsabilidad; en segundo lugar, la inejecución de obligaciones, que comprenderá disposiciones generales, así como el tratamiento de la mora y la pena obligacional; y, finalmente, la responsabilidad extracontractual. Una última cuestión a considerar acerca de la organización sistemática del libro es la referida al lugar que finalmente deberán ocupar el denominado pago indebido y a la transacción.

La figura denominada impropia “pago indebido” está inadecuadamente ubicada en el Código. Lo característico de ella es el desplazamiento patrimonial de lo que no se debe o por quien no debe o a quien no se debe y la consiguiente obligación de restituir. No hay propiamente pago, pues éste importa necesariamente la existencia de una relación obligatoria válida y vigente y la ejecución de la prestación debida. Si se entrega algo no debido, ya sea porque nunca se debió o porque la obligación quedó extinguida oportunamente por efecto del pago, o por quien no debe, creyendo deber —y no como tercero—, o a quien no tiene la condición de acreedor, asumiéndolo erróneamente como tal, no se está extinguiendo

ninguna obligación. ¿Qué razón hay entonces para ubicar el tema dentro del capítulo del pago?

Convengo plenamente con MOISSET DE ESPANÉS¹, en el sentido de que nos encontramos frente a una verdadera fuente de obligaciones y, por tanto, que la figura debe estar ubicada junto con las demás fuentes de las obligaciones, con una denominación distinta —para lo cual propongo la de “desplazamiento patrimonial indebido” —, y como una sección autónoma, la quinta, después del enriquecimiento sin causa y antes de la promesa unilateral.

En cuanto respecta a la transacción, ¿es efectivamente un medio de extinción de obligaciones?

El Código Civil de 1936, siguiendo a los códigos argentino y brasileño de 1916, reguló la transacción entre los medios de extinción de obligaciones, lo que se mantiene en el Código de 1984. El Código de 1852, en cambio, consideró a la transacción entre los contratos típicos. Esa es la tendencia mayoritaria consagrada en códigos como el francés, chileno, colombiano, ecuatoriano, uruguayo, español, alemán, mexicano del distrito federal, italiano de 1942, venezolano de 1942, portugués de 1967, boliviano de 1975 y paraguayo de 1987.

No puedo dudar de que la transacción, en algún caso, porque así lo deciden las partes, produzca como efecto la extinción de la relación obligatoria sobre la cual versó la cuestión dudosa o litigiosa. Pero de allí llevar las cosas a sostener que es la consecuencia natural e inevitable de toda transacción parece un exceso.

La transacción es un contrato que tiene por propósito acabar con una controversia existente entre las partes y que es materia o no de un proceso judicial, como ocurre también con el llamado convenio arbitral. Ambos con contratos mediante los cuales se define una controversia jurídica. Empero, cabe diferenciar ambas figuras, pues mientras en la primera, la solución de la discrepancia se produce como consecuencia de las concesiones que las propias partes se hacen recíprocamente (autocomposición del conflicto), en la segunda, tal solución se alcanza por obra de un tercero, el árbitro, que es nombrado voluntariamente por las partes y a cuya decisión, que tiene carácter vinculante, se someten éstas (heterocomposición del conflicto).

En la transacción, entonces, a lo que se pone fin, lo que se extingue, es propiamente la discrepancia suscitada entre las partes y no necesariamente la relación obligatoria, de la cual un determinado aspecto suscitó el conflicto.

1 MOISSET DE ESPANÉS, “Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina”, en: *Thémis. Revista de derecho*, segunda época, n° 23, Lima, 1992, págs. 55 a 68.

En este orden de ideas, considero que el tratamiento de la materia debería pasar a formar parte de la sección segunda del libro de Fuentes de las obligaciones, ubicando el articulado en el lugar que antes ocupaban la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, esto es, en el título XI.

II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

No obstante que se reconoce que con propiedad en el libro VI se debería hacer referencia a la relación obligatoria antes que a la “obligación”, se mantiene en la propuesta el uso de esta última expresión, pero entendida, en palabras de LUIS DíEZ PICAZO, como la

“relación jurídica compleja que liga a los sujetos que en ella se encuentran y que constituye un cauce de realización de finalidades sociales o económicas en torno a determinados intereses lícitos y tutelados por el ordenamiento jurídico. Es la total relación jurídica que liga a los sujetos para la realización de una determinada función económico-social en torno al interés protegido. (...) De este carácter de totalidad que se asigna a la relación obligatoria deriva el que todos los derechos, deberes, facultades, titularidades o cargas de los sujetos se encuentren, en cada momento, orgánicamente agrupados en torno a la relación”².

En cambio, sí se plantea corregir conceptos como “obligaciones de dar, hacer y no hacer”, que obvian considerar a la prestación —en tanto contenido de la relación obligatoria—, como el comportamiento al cual se encuentra sujeto el deudor y que se traduce precisamente en un dar, hacer o no hacer. Por ello se emplea en su lugar los términos “obligaciones con prestación de dar, hacer y no hacer”.

Vinculado con lo anterior, a propósito de los incisos 1, 3 y 5 del artículo 1138, referidos a la imposibilidad sobreviniente de la prestación de dar por culpa del deudor, del acreedor o sin culpa de las partes, respectivamente, así como de los artículos 1154, 1155 y 1156, que se ocupan de la imposibilidad sobreviniente de la prestación de hacer, en los mismos supuestos, se suprime la indicación de que en tales casos se resuelve la obligación del deudor, que es la terminología que el Código utiliza inadecuadamente, pues de lo que queda liberado el deudor es de la ejecución de la prestación a su cargo, precisamente por haberse hecho imposible por causas atribuibles o no a las partes.

Igualmente con una calificación impropia, el Código se refiere a las obligaciones que denomina facultativas, en las que no precisamente queda a la discrecionalidad

2 DíEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 127.

del deudor cumplirla o no, como pudiera derivarse de la literalidad de la expresión “facultativa” que emplea, sino que en ellas el deudor dispone más bien de la facultad de cumplir la prestación debida —que el Código llama equivocadamente “principal”— mediante una prestación distinta, a la que procede calificar como “solutoria” o “facultativa”, antes que “accesoria”, que es la que le atribuye el Código vigente. De allí que en la propuesta, siguiendo a KARL LARENZ³, se denomine a este tipo de obligaciones como “con facultad de sustitución”.

Ahora bien, el Código, utilizando una terminología inapropiada, se refiere a las obligaciones parciarias llamándolas equivocadamente “mancomunadas”. Este es un defecto del que padece la generalidad de códigos. Ello se corrige en la propuesta, consagrando la denominación correcta de “obligaciones parciarias”.

Igualmente se enmienda la expresión “reconocimiento de obligaciones”, que se sustituye por “reconocimiento de deuda”, que es técnicamente la que corresponde.

Se hace lo mismo con la denominación “interés compensatorio”, que de hecho se confunde con los daños compensatorios, sustituyéndola por la de “interés retributivo”, así como con la expresión “interés convencional”, que es remplazada por “interés voluntario”, en la medida en que, como expresa de RUGGIERO⁴,

“los intereses pueden derivar de contrato, pero también de disposición testamentaria; por esto sería más propia la denominación de voluntarios”.

Se corrige también la referencia al daño moral del artículo 1322, que se sustituye por “daño a la persona” —aun cuando particularmente prefiero la expresión “daño subjetivo” por las razones que tengo expresadas en otro lugar⁵: con el objeto de armonizar su texto con la redacción del artículo 1985 del Código. Adicionalmente, en lugar de la expresión “resarcimiento”, que hace referencia a indemnización compensatoria, se incorpora en el artículo 1322 el vocablo “reparación”.

Como expresa FERNÁNDEZ SESSAREGO⁶,

“en mérito a la precisa significación jurídica que se otorga a la expresión ‘resarcimiento’, que conlleva una significación tradicionalmente pecuniaria, acudimos al verbo reparar,

3 LARENZ KARL, *Derecho de obligaciones*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, págs. 171-173.

4 DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, t. II, vol. I, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A., traducción de la 4ª edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por RAMÓN SERRANO SUÑER y JOSÉ SANTA-CRUZ TEJEIRO, Madrid, 1944, pág. 54.

5 CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, “Apuntes sobre el denominado daño a la persona”, en: *Estudios de derecho privado (reflexiones de un tiempo)*, vol. I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, págs. 116 a 119.

6 FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 302.

en su concreta acepción de ‘desagraviar, satisfacer al ofendido’, para referirnos específicamente a la indemnización de las consecuencias de un daño no patrimonial a la persona. Esta última significación permite distinguir este peculiar tipo de indemnización de aquel otro de carácter patrimonial, ya que alude a la amplia posibilidad de desagraviar o satisfacer a la víctima por cualquier medio idóneo, sin que ello comporte una proporcionalidad entre el resarcimiento en dinero y el daño irrogado”.

Finalmente, para concluir este punto dedicado a las cuestiones terminológicas, corresponde indicar que el Código Civil utiliza indistintamente las expresiones “obligaciones con cláusula penal”, “cláusula penal” y “pena”. La primera, “obligaciones con cláusula penal”, hace referencia a aquella obligación cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena. La segunda, “cláusula penal”, alude a la estipulación accesoria pactada conjuntamente con la obligación principal y que contiene la pena. Sin embargo, ésta puede ser estipulada también por acto posterior a la obligación, en forma separada, si bien con vinculación directa con la obligación principal que respalda, en cuyo caso referirse a ella como “cláusula” penal no es correcto. La tercera, pena, tiene múltiples acepciones y no cabe identificar su sentido salvo dentro de un contexto en el que se utilicen los otros vocablos y pueda aparecer como sinónimo.

Por lo expuesto, en mi opinión es más propio hablar de “pena obligacional”, expresión que estará referida al mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria, con origen voluntario o legal, constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor se obliga a ejecutar en caso de inexecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal.

III. MATERIAS NUEVAS QUE SE PROPONE NORMAR

El Código brinda una regulación muy minuciosa de las obligaciones con prestación de dar bienes inciertos, cuya individualización se produce mediante la elección, pero no se ocupa de las obligaciones con prestación de dar bienes fungibles, no obstante su utilización frecuente en la práctica, y donde la elección está descartada por la propia naturaleza de los bienes. Ambos tipos integran la categoría de las obligaciones con prestación de dar bienes genéricos. En el proyecto se considera el tratamiento de dicha materia.

También se propone la regulación del asunto relativo a las mejoras naturales y artificiales que pueden incorporarse al bien objeto de la prestación de dar, entre el momento de contraerse la obligación y hasta la entrega del bien. Es de advertir que esta cuestión estuvo considerada en el proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1981 en el libro de Obligaciones, siendo el caso que la Comisión Revisora decidió trasladar su tratamiento al libro de Derechos reales, para finalmente olvidarse de contemplarla en la versión final del Código Civil.

Algo semejante a lo que ocurre con las obligaciones con prestación de dar bienes fungibles se presenta respecto de las obligaciones con pluralidad de prestaciones. A propósito de ellas, el Código se ocupa sólo de las obligaciones llamadas alternativas y facultativas —más bien con facultad de sustitución—, brindándoles una regulación muy prolija. Sin embargo, ha omitido toda referencia a las obligaciones con prestaciones conjuntivas y a las obligaciones con prestación subsidiaria.

Acerca de las primeras, no deja de ser curioso el hecho de que los códigos civiles omitan por regla general su regulación, constituyendo excepciones el Código libanés de las obligaciones y de los contratos (artículos 54 y 55) y los códigos mexicanos, como los del distrito federal (artículo 1961), Quintana Roo (artículo 2478) y Jalisco (artículo 1880). Sin embargo, en tales casos, las normas se limitan a definir la figura o a señalar la necesidad de que el deudor ejecute todas las prestaciones para quedar liberado, omitiendo pronunciarse sobre aspectos de mucha mayor relevancia, como por ejemplo, los referidos a la imposibilidad sobreviniente de una o más prestaciones, por culpa del deudor, del acreedor o sin culpa de las partes, y, particularmente, si ello afecta o no el cumplimiento de la o las restantes prestaciones. Es necesario que el Código resuelva algo sobre el particular, lo que ha sido contemplado en el proyecto.

En cuanto atañe a la obligación con prestación subsidiaria, la propuesta indica lo siguiente:

“Artículo 1171-A. En la obligación con prestación subsidiaria, la imposibilidad de la prestación debida con culpa del deudor o sin culpa de las partes, da derecho al acreedor a exigir el cumplimiento de la prestación subsidiaria”.

A propósito de las obligaciones con prestación alternativa, el proyecto completa el tratamiento de los distintos supuestos de imposibilidad sobreviniente de una o más prestaciones, sea que la elección corresponda al acreedor, al deudor, a un tercero o al juez, contemplando el caso de que dicha imposibilidad sea atribuible al acreedor.

Esta materia fue deliberadamente omitida en el Código, señalándose en la exposición de motivos que “el Código de 1984 —a diferencia, por ejemplo, del Código portugués— no se refiere a los casos de imposibilidad por culpa del acreedor, porque se considera que en estas hipótesis se aplicarían los principios generales del derecho contenidos en otras instituciones recogidas por el propio libro VI”⁷.

7 OSTERLING PARODI, FELIPE, *Las obligaciones*, Biblioteca para leer el Código Civil, vol. VI, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1988, págs. 75 y 76.

Parece preferible un pronunciamiento explícito de la ley a este respecto, más allá del uso infrecuente del tipo obligacional mencionado, para evitar así dejar librado el asunto a la interpretación.

También es objeto de regulación la obligación propiamente mancomunada o en mano común (*Gesamtenhand*) del derecho germano, cuya nota característica está dada por la titularidad colectiva o conjunta de los varios acreedores o deudores a propósito del crédito o de la deuda, respectivamente, con exclusión de la existencia de cuotas, que es lo que identifica a las obligaciones parciarias (pro parte o prorata), que responden al principio *concursum parte fiunt*.

Como he expresado anteriormente, las obligaciones que el Código contempla con ese nombre —obligaciones mancomunadas— son propiamente las obligaciones parciarias.

No obstante ello, llama la atención que en la práctica encontremos un uso adecuado de la expresión. Así ocurre con las cuentas corrientes o de ahorro mancomunadas, en las que es necesaria precisamente la actuación conjunta de los titulares de la cuenta, particularmente para hacer retiros.

A este respecto la propuesta se pronuncia en los siguientes términos:

“Artículo 1181-A. Si los acreedores son mancomunados, el deudor se libera sólo pagando a todos los acreedores conjuntamente. Cualquier acreedor puede reclamar el pago para todos.

Si los deudores son mancomunados la exigencia de pago debe efectuarse al conjunto de ellos. Los deudores se liberan sólo pagando conjuntamente al acreedor”.

“Artículo 1181-B. El crédito o deuda mancomunados se perjudican sólo por los actos colectivos de los acreedores o deudores, respectivamente”.

Finalmente, tomando como inspiración el proyecto argentino de 1998 (artículos 800 a 802), se prevé reglas acerca de las obligaciones llamadas disyuntivas o subjetivamente alternativas. En tal sentido se establece lo siguiente:

“Artículo 1204-A. Si la prestación debe ser ejecutada por uno entre varios deudores, corresponde al acreedor elegir cuál debe efectuar el pago. Entretanto no demande a uno de ellos, cualquiera tiene derecho a pagar. El deudor que paga no tiene derecho a reembolso de los demás”.

“Artículo 1204-B. Si la prestación debe ser ejecutada a favor de uno entre varios acreedores, corresponde al deudor elegir a cuál efectuará el pago. La demanda de un

acreedor no afecta el derecho del deudor a pagar a cualquiera de ellos. El acreedor a quien se paga no está obligado a compartir lo recibido con los demás acreedores”.

IV. ALGUNAS PROPUESTAS ESPECÍFICAS DE REFORMA

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

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

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

El Código vigente establece en su artículo 1171 que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa se la tiene por la segunda. La solución es concordante con la de los códigos de Costa Rica (art. 661), Guatemala (art. 1346) y Bolivia (art. 424) y tiene su antecedente en el artículo 1199 del Código de 1936. En la exposición de motivos del libro V del indicado Código, MANUEL AUGUSTO OLAECHEA señaló que la solución estaba justificada,

“porque la segunda forma obligacional es menos gravosa para el deudor que la primera”. (*Exposición de motivos del libro quinto del proyecto de Código Civil.*, Gil S.A. editores, Lima, 1936, pág.19).

ALTERINI, LÓPEZ CABANA y AMEAL, comentando el sentido del artículo 651 del Código argentino que es opuesto al del Código peruano, mencionan que:

“dicha solución ha sido criticada por LAFAILLE y COLMO, quienes sostienen que —de esa forma— el ordenamiento jurídico se aparta sin fundamentos valederos del principio que consagra el *favor debitoris*”.

Y agregan que:

“por nuestra parte entendemos, como la mayoría de la doctrina nacional que —no obstante ello— el criterio legal es atinado, por cuanto la obligación facultativa establece una facultad excepcional en beneficio del deudor que, como tal, debe encontrarse claramente estipulada; y, en caso contrario, debe primar el principio de buena fe que indica que toda obligación se pacta para ser cumplida”⁸.

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

Este problema se agudizará todavía más si la duda se presenta a propósito de una relación obligatoria constituida por un número de prestaciones mayor de dos, lo que el propio Código no sólo no descarta sino que más bien presupone. (Es de advertir que la propuesta de reforma no sólo reafirma ello, sino que siguiendo al *Anteproyecto* de JUAN ANTONIO BIBILONI —*Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino presentado a la Comisión encargada de redactarlo*, vol. II —Obligaciones—, Valerio Abeledo, editor, Buenos Aires, 1929, pág. 117—, establece que:

“el obligado a diversas prestaciones alternativas debe cumplir por completo sólo alguna o algunas de ellas”).

En cambio, si la duda se esclarece en el sentido de que la obligación es alternativa no se suscitarán mayores inconvenientes. En este orden de ideas, el proyecto de reforma plantea la modificación del artículo 1171 estableciendo precisamente que la duda se resuelva considerándose que la obligación es alternativa.

En esa dirección, consagrada en primer lugar en el Código de Chile (art. 1507), obra de ANDRÉS BELLO, se pronuncian también los códigos de Colombia (art. 1564), Ecuador (art. 1550), Paraguay (art. 494), Uruguay (art. 1359), El Salvador (art.

8 ALTERINI, LÓPEZ CABANA Y ÁMELA, *Curso de obligaciones*, t. II, 3ª edición actualizada, 1ª reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 169.

1378), Nicaragua (art. 1920) y, como se mencionó antes, el de Argentina (art. 651) y también el Proyecto de 1998 (art. 743).

4.3. Responsabilidad por incumplimiento en las obligaciones indivisibles y solidarias

En los artículos 1180 y 1195 del Código se regula este asunto confundiendo lo que constituye el cumplimiento por equivalente pecuniario (*id quod interest*) y la indemnización de daños. Para superar esa confusión se propone como nueva redacción de ambos artículos la siguiente:

“Artículo 1180. 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”.

“Artículo 1195. 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”.

4.4. Reglas aplicables cuando la obligación es indivisible y solidaria

Cubriendo un vacío del Código vigente, se especifica en el proyecto las reglas de las obligaciones solidarias que no son aplicables cuando la obligación es además indivisible.

En tal sentido, se propone como nueva redacción del segundo párrafo del artículo 1181 del Código la siguiente:

“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”.

4.5. Presunción de solidaridad pasiva

El artículo 1183 del Código Civil consagra como regla la no presunción de la solidaridad y agrega que sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

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

En opinión de HERNÁNDEZ GIL que comparto,

“cuando entre varias personas existe una interdependencia y comunidad de intereses y en función de las mismas actúan en la vida del tráfico, cabe afirmar que el derecho debe dar entrada en sus formas normativas a esa situación; y reforzarla, antes que desarticularla. (...) La solidaridad se traduce en refuerzo y estímulo de la cohesión interna”⁹.

Y añade:

“Estas consideraciones cobran todavía mayor vigor si se piensa que la solidaridad —y nos referimos, claro es, a la solidaridad pasiva— desempeña una importante función de garantía. De las garantías personales, es la más fuerte y adecuada que puede encontrar el acreedor. Desde un punto de vista general y objetivo, otorga mayor seguridad al tráfico jurídico. Y todo ello redundará en hacer de ella un valioso instrumento de crédito. Por eso, en la esfera del comercio y del derecho mercantil, especialmente, puede decirse que resulta verdaderamente necesaria, mientras en la del derecho civil patrimonial, que afecta a relaciones económicas bien semejantes, es, por lo menos, muy conveniente”¹⁰.

Concluye HERNÁNDEZ GIL afirmando que:

“el principio de la no presunción de la solidaridad ... no goza de muy sólida consistencia ni en el orden histórico, ni en el económico, ni en el del derecho comparado, sin que,

9 HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones. Obras completas*, t. 3, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1988, pág. 406.

10 HERNANDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 407.

por otra parte, se trate propiamente de un postulado del derecho natural que haya de mantenerse. Es muy clara y general la tendencia hacia su limitación y eliminación”¹¹.

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

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

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

4.6. Constitución en mora en la deuda y crédito solidarios

En el artículo 1194 el Código establece que la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.

Esta es una de las opciones legislativas que puede adoptarse. La otra, que parece más congruente con el carácter solidario de deudores o de acreedores, que impone asumir las consecuencias de los actos atribuibles a cualquiera de ellos, es que la mora afecte a todos. Es evidente que en tales casos, los deudores o acreedores no culpables podrán obtener el reembolso de lo que hubieran tenido que pagar por concepto de mora contra el culpable, sin perjuicio de la indemnización correspondiente.

Por tal razón, en la propuesta se establece que:

“la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios surte efecto respecto de 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” (artículo 1194).

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

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

¹¹ HERNANDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 407.

“Artículo 1197. (...)”

Sin embargo, el deudor constreñido a pagar tiene derecho a dirigirse contra sus codeudores en vía de subrogación, incluso de haber transcurrido el plazo de prescripción oponible contra el acreedor original o haberse declarado en beneficio de ellos”.

“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 tiene derecho a reembolso contra los codeudores que se hubieran favorecido con la prescripción declarada”.

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

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

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

4.9. Pago por consignación

Una de las reformas más desafortunadas que introdujo el Código Procesal Civil al Código Civil fue la relacionada con el pago por consignación. Tales reformas alteraron completamente los artículos del Código sustantivo dedicados a la cuestión, incorporando figuras ajenas a ella como el denominado ofrecimiento de pago judicial o consagrando la procedencia de la consignación en casos donde no es factible.

La regulación vigente traba innecesariamente el funcionamiento de la figura, ideada con el propósito de ofrecer un medio indirecto de cumplimiento al deudor que no ha podido ejecutar la prestación a su cargo directamente por no recibir del acreedor la colaboración necesaria para ello.

Por tales razones se propone volver a las normas originales del Código Civil con algunos ajustes.

4.10. Dación en pago

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

Como explica FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹²,

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

Si las cosas no se conciben de esta manera, ¿cómo entender entonces el hecho de que el artículo 1900 del Código establezca que:

“queda liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción”?

12 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Naturaleza jurídica de la dación en pago”, en: *Anuario de derecho civil*, julio - septiembre, 1957, págs. 771-772.

Si dación en pago y novación fueran lo mismo, la liberación del deudor no debería quedar sujeta a la ejecución efectiva de la prestación de entrega, sino que debería bastar para ello el simple hecho de la conformidad del acreedor a que en pago de la deuda le sea entregado un bien.

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

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

“Artículo 1265. 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”.

4.11. Condonación

A fin de esclarecer debidamente la naturaleza jurídica de este medio de extinción de obligaciones, a lo que el texto vigente del artículo 1295 no contribuye, pues da a entender que se trata de un acto bilateral, omitiendo distinguir, de un lado, la existencia de la condonación propiamente dicha, para la cual se requiere únicamente la voluntad del acreedor, y del otro, su eficacia, que exige, sin duda, la aceptación del deudor, se establece en la propuesta lo siguiente:

“Artículo 1295. La condonación de la deuda extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero. La condonación es eficaz sólo desde que es aceptada por el deudor. Entretanto, el acreedor puede retractarse de ella sin perjuicio del derecho de tercero”.

De otro lado, la regla del artículo 1296 del Código que se refiere a la condonación a uno de los garantes no es correcta. Un garante, un fiador, por ejemplo, es sin duda un deudor y en consecuencia lo establecido en los artículos 1188 y 1189, que se ocupan de la condonación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad o parte de la obligación, respectivamente, debe armonizar necesariamente con la que resuelve el caso cuando los garantes sean solidarios. De allí que se sugiere modificar el artículo 1296 en los siguientes términos:

“La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal. Tampoco extingue, total o parcialmente, la de los demás garantes, salvo que sean solidarios”.

4.12. Mora

Es severamente objetable la solución del Código que contempla como regla la exigencia de la intimación del acreedor para quedar configurada la mora del deudor, incluso cuando existe establecido expresamente un plazo suspensivo para el cumplimiento. Si se ha fijado uno, es lógico suponer que se ha previsto por alguna razón y que su determinación no es casual. No es razonable asumir en ese caso que si el acreedor no reclama el pago a su vencimiento, cuando la prestación ya es exigible para el deudor, demuestra con ello que el retraso no lo afecta. Esto es lo que sostienen los partidarios de la mora *ex personae*. ¿Es que puede llevarse el *favor debitoris* a tales extremos?

Ya FREITAS, cuestionando la fórmula del *dies non interpellat pro homine* aplicable a las obligaciones con plazo de vencimiento, comentando el texto del artículo 1071, inciso 1, del esbozo, sostenía:

“observo en esto una corruptela, un triunfo de la chicana de los deudores, un contrasentido y una injusticia. Por más que este abuso se haya inveterado, no tememos afrontarlo, ni perderemos la ocasión para iniciar su extirpación. La designación de un plazo en el título del crédito enuncia, para el buen sentido de todos los hombres, la formal intención del acreedor de recibir lo que se le debe, en el día del vencimiento del plazo. Y si esa intención se ha manifestado tan claramente, ¿cómo se la puede rehusar, cómo exigir aún una segunda e inútil manifestación de voluntad por la formalidad de una interpelación...? ¿Se podrá presumir o suponer que el acreedor no considera en falta al deudor o que el deudor no demora el pago, cuando ya se sabe que la deuda debía ser pagada en un día señalado y que hubo por consiguiente una falta?”.

Y termina diciendo:

“¿Es inexplicable que se exija una interpelación ... para el caso opuesto en que las partes han sido previsoras y en que nadie puede dudar de su intención! ¿No importará esto reducir todas las obligaciones a obligaciones sin plazo? ¿No será prohibir indirectamente que haya estipulación de plazos?”.

En efecto, la obligación nace para ser cumplida, no para que el acreedor exija su cumplimiento y menos todavía en las obligaciones a plazo. Si se ha fijado un plazo para el cumplimiento es para que el deudor ejecute su prestación de manera espontánea una vez vencido. Transcurrido aquél, debe ser suficiente su retraso en el cumplimiento para que quede automáticamente constituido en mora, sin necesidad de interpelación alguna. Por todo ello, en el proyecto se plantea la reforma del artículo 1333, con el objeto de establecer que habrá constitución automática en mora del deudor cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que operará por su solo vencimiento.

Esa es la solución del artículo 63, inciso 1, del Código de Comercio peruano de 1902, todavía vigente en ese extremo, y también la del primer párrafo del artículo 509 del Código Civil argentino, de acuerdo con el texto introducido por la Ley 17.711, concordante con lo establecido en los artículos 1593, inciso a), y 825, inciso a), del proyecto de reforma de 1998.

De otro lado, la propuesta contempla la procedencia de la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer. No he de abundar en las consideraciones que así lo justifican¹³. Baste indicar que, sin duda, la mora del deudor está descartada en las prestaciones de no hacer que consisten en una conducta omisiva instantánea. En cambio, tratándose de una prestación negativa de ejecución duradera de carácter continuado, debe distinguirse entre aquellas que importan “empezar a no hacer” y las que suponen “seguir no haciendo”.

Es decir, se hace necesario diferenciar entre el caso en que el deudor debe continuar una situación de pasividad (seguir no haciendo), de aquel otro en el que la inactividad implica suspender o interrumpir una actividad que se venía realizando. En el primer caso, como en el mencionado inicialmente, la mora no procede pues si el deudor empieza a hacer estará incumpliendo o en el mejor de los casos se tratará de un cumplimiento parcial o defectuoso. En el segundo caso, en cambio, la mora del deudor es perfectamente factible, en la medida, por supuesto, en que no obstante el retraso en el inicio de la abstención, la ejecución de la prestación negativa resulte aún de utilidad para el acreedor y, por tanto, satisfaga su interés.

Esta última categoría, en la que sin duda procede la configuración de la mora,

“descuidada por los tratadistas al estudiar el problema de la mora en las obligaciones de no hacer, es la que más aplicación tiene en la práctica de los negocios jurídicos, ya que se suele incluir con gran frecuencia como ‘pacto de no concurrencia’ al vender un negocio o empresa, mientras los ejemplos a que echa mano la doctrina, como no talar un árbol, o no concurrir a una fiesta, suelen ser más bien casos de gabinete, que no aparecen casi nunca en la vida normal de los negocios”,

a decir de MOISSET DE ESPANÉS¹⁴, en opinión que comparto plenamente.

13 Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, *Estudios de derecho privado (reflexiones de un tiempo)*, vol. I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, págs. 281 a 318.

14 MOISSET DE ESPANÉS, “Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer”, en: *Documentación jurídica*, Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia, Gabinete de documentos y publicaciones n° 14, abril - junio, 1977, Madrid, pág. 392.

4.13. La pena obligacional

Es notorio que la mayoría de códigos se inclina por el sistema de mutabilidad de la pena o por sistemas mixtos que incluyen la posibilidad de reducirla.

El régimen vigente en el Perú no equilibra armoniosamente los intereses del acreedor y del deudor. Se autoriza la reducción de la pena en caso de ser manifiestamente excesiva pero no su aumento. Es cierto que se contempla la denominada indemnización del daño ulterior, que en alguna medida atempera el problema, pero para pretenderla es indispensable el pacto previo y, por supuesto, la prueba posterior de los daños adicionales a cargo del acreedor. En otras palabras, si el acreedor no cuida en convenirla, no podrá exigir un mayor monto a título indemnizatorio, no obstante haber sufrido mayores daños.

El sistema de la mutabilidad absoluta al que me adhiero, es cuestionado severamente, pues se considera que el hecho de autorizarse el aumento o reducción de la pena, a solicitud del acreedor o deudor, respectivamente,

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

En estos términos se expresa FELIPE OSTERLING¹⁵.

Es exacto que la pena cumple una función indemnizatoria, pero no puede desconocerse al mismo tiempo que las partes contratantes no se encuentran realmente en un pie de igualdad que permita afirmar categóricamente que contratan con la misma libertad. La tradicional idea de que existe una paridad jurídica de los contratantes, no puede sostenerse más en nuestros días. Baste referir la discusión que suscitan los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales de

15 OSTERLING, FELIPE, “Inmutabilidad de la cláusula penal”, en: *Derecho*, órgano de la Facultad de Derecho, n° XXIV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1965, pág. 20.

contratación, en los que las partes tienen un poder de negociación desequilibrado, siendo frecuente que una de ellas se vea obligada por necesidad a adherirse a lo predispuesto por la parte fuerte, pues de lo contrario no podrá acceder a los bienes o servicios que se le ofrecen y que usualmente se encuentran en manos de entes monopólicos.

Por ello el juez debe ser autorizado a intervenir con el objeto de conformar las relaciones obligatorias con los principios de justicia y equidad, limitándose así la autonomía privada.

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

A este respecto, participo de la opinión de GORLA, cuando señala que:

“la sanción en su determinación y en su aplicación, da lugar ... a un problema de proporción o de justicia; incluso puede decirse que la justicia constituye la esencia misma de la sanción. De forma que cuando ésta, de manera directa o indirecta, se haya establecido convencionalmente, habrá que tener en cuenta el hecho de que ha sido establecida o aceptada por la libre voluntad de las partes, especialmente del promitente; pero sin llevar esta consideración hasta tal punto que haya que respetar totalmente una sanción convencional que, por su carácter excesivo o por la enorme desproporción en el momento de la aplicación, choque con las más elementales exigencias de la justicia”¹⁶.

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

Debe observarse que la reducción o el aumento ha de proceder sólo en la medida en que exista una ostensible diferencia entre la cuantía de la pena y los daños irrogados. No ha de bastar entonces la mera diferencia. Nótese a este respecto que los códigos que contemplan la reducción o el aumento de la pena o ambos suelen exigir para ello la existencia de un “monto desproporcionado” (Código argentino, artículo 656, segundo párrafo) o que la pena sea “manifiestamente excesiva o

16 GORLA, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*, traducción y notas de comparación y adaptación al derecho español por JOSÉ FERRANDIS VILELLA, t. I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, págs. 299-300.

diminuta” (Código francés, artículo 1152, segundo párrafo), “manifiestamente excesiva” (Código paraguayo, artículo 459) o “extraordinariamente alta” (Código alemán, artículo 343, primer párrafo).

El proyecto argentino de 1998 establece la procedencia de la reducción cuando el monto de la penalidad “resulta notablemente desproporcionado con relación al daño sufrido por el acreedor” (artículo 1645, inciso 2), pero no la de su aumento. No obstante, admite la reparación de los daños que excedan el valor de la pena siempre que así se haya estipulado, contemplando así el pacto de indemnización del daño ulterior, o cuando el deudor haya actuado con dolo, su monto sea ínfimo o su estipulación importe soslayar la prohibición legal de excluir o limitar la responsabilidad (artículo 1646).

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

Algunos códigos como el brasileño de 1916 en su artículo 920 intentaron una solución distinta a la vigente hoy en Francia, conforme al artículo 1152, según el texto introducido por la Ley 75-597 de 9 de julio de 1975, que autoriza tanto el aumento como la disminución de la pena.

El Código del Brasil establecía que:

“el valor de la conminación impuesta por la cláusula penal no puede exceder el de la obligación principal”.

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

Por lo demás, como expresa PEIRANO FACIO¹⁷,

“en función de este límite y aun cuando en principio no debe admitirse la intervención judicial respecto de la determinación del *quantum* de la pena, los jueces pueden intervenir

17 PEIRANO FACIO. *La cláusula penal*, 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1982, pág. 238.

en éste, reduciendo las penas que están por encima del límite dado y, en ciertos casos, apreciando cuál sea ese límite”.

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

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

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

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

En este orden de ideas, resultan plenamente fundadas las objeciones que formula CONTINENTINO¹⁸, al comentar el artículo 920 del Código brasileño de 1916:

“Resulta de este dispositivo que para ser aplicable la pena, se hace indispensable estimar previamente su valor, a fin de determinar si ella sobrepasa la obligación principal. Tal evaluación, sin una base cierta, resultante de cálculos en función de una precariedad notoria, cuya solución puede ser inevitablemente arbitraria, además de suprimir una de las ventajas de la pena, cual es la fijación previa extrajudicial de la indemnización, dificulta en vez de simplificar el proceso de liquidación de las pérdidas y daños”.

Ponderando las distintas opciones que ofrece la cuestión, se opta en el proyecto por autorizar al juez, a solicitud del deudor o del acreedor, respectivamente, a

18 CONTINENTINO, Citado por BARANDIARÁN, JOSÉ LEÓN, *Comentarios al Código Civil Peruano*, derecho de obligaciones, t. II, Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1939, pág. 139.

reducir o aumentar equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o diminuta, siendo nulo todo pacto en contrario. En concordancia con ello, se suprime la indemnización del daño ulterior.

Sin perjuicio de lo expresado, no puedo dejar de preguntarme si no tiene razón PALUDI cuando señala:

“si, en realidad, no nos encontramos ante una figura jurídica que ha perdido vigencia que respondía más a los fines de un derecho más acorde con otras épocas que a los de un derecho más actualizado. (...) Una concepción individualista y con fuerte preponderancia del principio de la ‘autonomía de la voluntad’, es lógico que nutra el contenido de las reglas que gobiernan una sociedad de neto corte individualista, pero esa concepción plasmada en normas jurídicas no va a servir de igual forma para regir una sociedad basada en otras formas de vida que protegen mucho más los intereses colectivos que los individuales ya que, poco a poco, se verá superada por esas pautas sociales que marcan un rumbo diferente del sistema jurídico. (...) De tal manera entonces las figuras jurídicas que fueron inspiradas en órdenes sociales diferentes y que respondían a necesidades en otras épocas, van a verse desubicadas con la realidad social nueva y van a necesitar, en algunos casos, un reacondicionamiento, una reforma que les permita seguir siendo útiles a los fines perseguidos por una sociedad que se mueve con pautas diferentes; y en otros, no alcanzará ese reacondicionamiento y deberán ser eliminadas porque de lo contrario caerán en el ‘desuetudo’. (...) Esto es lo que ocurre con la cláusula penal y su inmutabilidad. Al quitársele este último efecto, y tratar de reacondicionarla o adaptarla a una sociedad con valores diferentes, pierde toda su eficacia y carece de sentido jurídico su utilización”¹⁹.

V. CONCLUSIÓN

Soy un convencido de la necesidad de actualizar permanentemente el Código Civil.

En un artículo publicado el 2 de agosto de 1999 en el diario *La Nación* de Buenos Aires dedicado a la originalidad, el filósofo argentino MARIO BUNGE señala:

“No es cuestión de innovar por innovar, sino de mejorar. Esto es tan obvio que a veces se olvida”.

Este es precisamente el sentido de la reforma del Código Civil que se propone: el progreso. Sin embargo, es frecuente que a este concepto se oponga la tradición

19 PALUDI., OSVALDO C., “Replanteo de la función de la cláusula penal”, *Derecho laboral*, revista de doctrina, jurisprudencia y legislación sobre trabajo y seguridad social, año XII, n° 11, noviembre 1970, Buenos Aires, pág. 584.

como un freno a los avances. Seguramente hará falta recordar lo que respondió S.S. JUAN XXIII a quienes invocaban la tradición como justificación para formular reservas a ciertas ideas renovadoras cuyas puestas de manifiesto durante el desarrollo del Concilio Ecuménico Vaticano II:

“¿La tradición? ¿Pero sabéis qué es la tradición? Es el progreso que fue hecho ayer, como el progreso que nosotros debemos hacer hoy constituirá la tradición de mañana”²⁰.

Esa es la tradición en que yo creo.

Por ello, concluyo afirmando, en palabras del ilustre jurista español don RAMÓN SERRANO SUÑER que:

“el derecho, que es rémora detestable y odiosa cuando como reloj parado marca una hora inamovible en su esfera, es la garantía insustituible para los valores personales cuando marcha a compás del tiempo y cuando sirve para abrir cauce a la concepción del mundo y de la vida que tiene la generación que ha de cumplirlo”²¹.

20 GORRESIO, VITTORIO, *La nueva misión*, Plaza & Janés editores, Barcelona, 1969, pág. 265.

21 SERRANO SUÑER, RAMÓN, *Siete discursos*, Ediciones Fe, Bilbao, 1938, pág. 115.