

# TEMAS SOBRE DERECHO DE OBLIGACIONES: IDEAS PARA UNA REFORMA

*Felipe Osterling Parodi\**

## SUMARIO:

1. De las obligaciones con pluralidad de sujetos.— 2. Pago por consignación.— 3. Dación en pago.— 4. Inejecución de la obligación.— 5. La mora del deudor.— 6. Obligaciones con cláusula penal.

A veinticinco años de vigencia del Código Civil peruano de 1984, existe un desapercibido movimiento de reforma que considera que él ya no puede enfrentar los retos que presenta la sociedad contemporánea. Esta errónea tendencia se inició poco tiempo después de su promulgación, con la finalidad de corregir algunas pocas imperfecciones. Sin embargo, no han faltado ni faltan voces que proclaman con fuerza la idea de modificar sustancialmente el Código Civil.

Dentro de todo movimiento de reforma, el Libro de las Obligaciones siempre tiene importancia gravitante, y los lineamientos que se adopten irradiarán a todo el cuerpo legislativo.

Sobre este tema considero rele-

vante referirme a la experiencia alemana. El 1 de enero de 2002 entró en vigor la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del Código Civil alemán.

Cabe destacar que el Libro II del BGB alemán, que trata sobre este tema, había superado un siglo de vigencia prácticamente sin cambios. Luego de múltiples debates y no pocas oposiciones de juristas altamente representativos en Alemania y en Europa, se aprobó la ley de reforma, cuyo principal objetivo fue implementar las propuestas de modificación de ciertas partes centrales del Derecho de Obligaciones en el Código formuladas durante la década de 1980.

Sin embargo, insisto en que la reforma alemana no se produjo con

la primera corriente que intentó modificar el Código, sino que ella se verificó más de cien años después de su promulgación.

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

Por estas consideraciones, y teniendo siempre presente la reciente experiencia alemana, soy de opinión de que la trascenden-

---

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

cia del Código Civil en nuestra sociedad, justifica que las urgencias modificatorias se evalúen con la mayor ponderación y sin apresuramiento alguno.

Comento, a continuación, ciertos temas del Derecho de Obligaciones a mi juicio trascendentes.

## 1. DE LAS OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE SUJETOS

Cuando la obligación es divisible y mancomunada, se aplica, simple y llanamente, el principio de la división contenido en los artículos 1172 y 1173 del Código Civil, y la norma de remisión que consigna el artículo 1182 del mismo Código.

Si la obligación es divisible y solidaria, ella se rige, sin lugar a dudas, por los preceptos de la solidaridad previstos por los artículos 1183 y siguientes del Código Civil.

Si la obligación es indivisible y mancomunada, prevalecen las reglas de la indivisibilidad que el Código Civil estatuye entre los artículos 1174 y 1180 en forma directa, y adicionalmente, por remisión, las normas sobre la solidaridad contenidas en el primer párrafo del artículo 1181.

El problema surge cuando la obligación es indivisible y solidaria. Para estos casos, el Código prevé, en el segundo párrafo del artículo 1181, que se aplican por remisión las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177. Dicho en otras palabras, las obligaciones indivisibles se regirían exactamente por los mismos preceptos de las obligaciones solidarias, con la única excepción de que la indivisibilidad, a diferencia de la solidaridad, haría

que aquélla operara respecto de los herederos del acreedor o del deudor.

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

Propongo, en consecuencia, que el citado artículo 1181 de dicho Código quede redactado con el texto siguiente:

Artículo 1181. - Las obligaciones indivisibles se rigen por sus propias normas y por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.

Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican los artículos 1177, 1178 y 1179 y, además, las normas de la solidaridad, salvo en este último caso lo dispuesto por los artículos 1187, 1189, 1190, segundo párrafo, 1191, 1200 y 1201.

La virtud de este precepto sería la de señalar, con toda claridad, las normas aplicables al complejo tema de las obligaciones que son simultáneamente indivisibles y solidarias, sin colisionar con la naturaleza jurídica de esas dos instituciones.

Permítanme hacer una salvedad. Numerosos códigos identifican las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad, desconociendo que la naturaleza de ambas instituciones es diferente. Otros códigos, como el italiano en su artículo 1317, disponen que las reglas de las obligaciones solidarias rigen, en cuanto sean aplicables,

las obligaciones indivisibles, pero sin decidir cuándo son aplicables y cuándo no. Otras legislaciones son pulcras al regular la solidaridad, pero extremadamente parcas con la indivisibilidad.

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

## 2. PAGO POR CONSIGNACIÓN

Las claras normas previstas por los artículos 1251 al 1255 del Código Civil de 1984, relativas al pago por consignación, han sido desnaturalizadas por los confusos preceptos sustitutorios que acoge el Código Procesal Civil de 1993.

Aquí se ha cometido un grave error. El pago por consignación es un instituto propio del Derecho Civil. Temas distintos son los procedimientos para consignar o para impugnar una consignación. El Código Procesal Civil ha debido limitarse a legislar sobre tales procesos, sin entrometerse con las normas sustantivas. Al hacerlo, el resultado ha sido penoso, y debo confesar que nunca he llegado a comprender ni el sentido ni los al-

cances del Código adjetivo sobre esta materia.

Por ello propongo volver al texto original del Código Civil de 1984, y prever, en el Código Procesal Civil, procedimientos claros y sencillos sobre los dos únicos temas que conciernen a este cuerpo legislativo: cómo se efectúa una consignación y cómo se impugna una consignación.

### 3. DACIÓN EN PAGO

La dación en pago, a instancias de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1984, se legisló en los artículos 1265 y 1266. Ellos, en honor a la verdad, carecen de contenido jurídico, pues la dación en pago tan sólo constituye una novación objetiva regulada con pulcritud por los artículos 1277 y siguientes del Código de 1984.

Con esto quiero decir, en suma, que ante un caso de dación en pago tendremos que aplicar, necesariamente, las reglas de la novación objetiva.

Para sustentar esta posición me remito a las expresiones de Marcel Planiol, citado por el ilustre jurista Manuel Augusto Olaechea, su discípulo en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, en la Exposición de Motivos sobre las Obligaciones y Contratos en el Código Civil de 1936: «Tradicionalmente se considera la adjudicación en pago —sinónimo de dación en pago— como un medio de extinción especial, o más bien como una variedad del pago, por derogación de la regla que obliga al deudor a entregar exactamente la cosa prometida. [...] Pero, este punto de vista se abandona de día en día. Los autores moder-

nos proclaman que la adjudicación en pago implica una novación por cambio de objeto: el acreedor consiente en sustituir su primitiva acreencia por una nueva cuyo objeto es diverso; esta nueva acreencia dura un momento, el tiempo corrido entre el instante en que se perfecciona el convenio de la adjudicación en pago y el tiempo de ejecución, pero la rapidez con que se suceden estas operaciones no cambia nada su naturaleza. [...] Pero, el objeto no puede cambiar sin que la deuda sea novada. Toda adjudicación en pago implica, pues, aunque las partes no se den cuenta de ello, una novación implícita. [...]».

Se observa de lo expuesto que la simultaneidad entre el convenio de la dación en pago y su ejecución es imposible, pues entre ellos debe mediar, al menos, un instante. Y como, por otra parte, al operarse un cambio en la prestación se nova la obligación primigenia, pues ella ya no subsiste, estamos hablando, necesariamente, de novación objetiva.

Cabe advertir, sin embargo, que estas disquisiciones podrían considerarse como académicas, pues a fin de cuentas, mantener los preceptos sobre dación en pago en el Código Civil vigente es inocuo. Ellos ni dan ni quitan.

### 4. INEJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN

El concepto de responsabilidad en el ámbito del Derecho y, concretamente, en el Derecho Civil, es uno de los temas que más controversias suscita. Él discurre desde la eliminación de la responsabilidad subjetiva, olvidándonos del concepto de la culpa, para hacer prevalecer, en todos los casos, la

responsabilidad objetiva, hasta la unificación, largamente discutida, de la responsabilidad por inejecución de las obligaciones y de la responsabilidad extracontractual, pasando por la íntima vinculación que estas materias tienen con la Economía.

Permítanme unas breves referencias en relación a este último tema.

Una regla de responsabilidad puede desalentar o detener el desarrollo de aquellas actividades económicas cuyos costos sociales son elevados o, en algunos casos, mayores a los beneficios que se obtienen. Expresa Fernando de Trazegnies, en su formidable obra «La Responsabilidad Extracontractual», al referirse a la responsabilidad derivada de productos defectuosos, que una aplicación irreflexiva o vaga de los principios generales de responsabilidad puede conducir en unos casos a que las víctimas queden desamparadas y, en otros casos, a que los industriales sean acosados hasta el punto del desaliento.

Esto no es sino parte de las externalidades de un sistema de responsabilidad civil. En efecto, así como en el ámbito privado la reparación del daño ocasiona un beneficio (a la víctima) y un costo (al responsable del daño), un sistema de responsabilidad civil ineficiente podría generar graves consecuencias sociales. Y, a su turno, el costo social de un sistema de responsabilidad civil eficiente puede desalentar aquellas actividades económicas que, a pesar de generar daños, son necesarias a la sociedad.

La responsabilidad objetiva obliga a las empresas a adoptar ma-

yores medidas de prevención del riesgo, para evitar los costos sociales, y a asumir mayores costos de reparación, en caso de accidentes. Este sistema establece al «riesgo-provecho» como factor de atribución de responsabilidad. En consecuencia, las empresas que se benefician con una actividad que introduce riesgos a la sociedad serían automáticamente (esto es, sin necesidad de probar culpabilidad) responsables de los daños que ocasione el consumo de sus bienes o servicios. Por ello, este tipo de responsabilidad significa para las empresas la internalización de mayores costos sociales.

Esto, sin duda, determina que las empresas trasladen los costos sociales que asumen, al costo comercial de los bienes y servicios que los producen, lo que les resta competitividad en el mercado. Ello, evidentemente, podría desalentar el desarrollo de las actividades económicas cuyos costos sociales son altos respecto a los beneficios que se obtienen.

En un sistema subjetivo de responsabilidad civil, en cambio, la empresa causante del daño se encontrará obligada a internalizar los costos sociales si el perjudicado llegase a probar «la culpabilidad» de la empresa en la generación del daño.

En este sentido, las empresas asumen menores costos sociales y, por lo tanto, pueden ofrecer bienes y servicios a un costo comercial más bajo. La teoría de la culpa, afirman Alterini y López Cabana, significa un modo de disminuir los costos empresariales.

Es evidente que a la sociedad le interesa un sistema de responsa-

bilidad justo y eficiente. Por ello, tanto el sistema objetivo de responsabilidad civil, como el subjetivo, ofrecen, en un contexto socio-económico determinado, ventajas y desventajas; vale decir, costos y beneficios que los hacen convenientes en mayor o en menor medida.

Lo expuesto determina, en mi opinión, que los sistemas de responsabilidad —objetivo y subjetivo— deban evaluarse con la mayor ponderación; que no se descarten de nuestra legislación civil, en modo alguno, los principios de la culpa; y que si se desea llegar a unificar la responsabilidad por inejecución de obligaciones y la responsabilidad extracontractual, tal unificación no sea absoluta, pues se trata de hechos jurídicos que entran en juego en ámbitos distintos. Así, por ejemplo, el daño por el uso de un bien riesgoso o peligroso es privativo de la responsabilidad extracontractual, en medida distinta a la prescripción, por ejemplo, que puede ser común a ambas clases de responsabilidades.

Mucho se ha escrito sobre responsabilidad y surgen, respecto de ella, numerosas teorías. Pero, la prudencia aconseja no quebrantar los principios recogidos por la legislación civil vigente que, con todas las deficiencias propias de una obra hecha por seres humanos, opera, en términos generales, de manera adecuada.

## 5. LA MORA DEL DEUDOR

Uno de los temas más controvertidos del Derecho de Obligaciones es el relativo a la interpelación en la mora del deudor. Esto es, si se debe acoger el principio francés, consagrado por los artículos 1264

del Código de 1852, 1254 del Código Civil de 1936 y 1333 del Código de 1984, de la mora *ex personae*: *dies non interpellat pro homine* (el tiempo no interpela por el hombre), que se arraigó en los artículos 509 del Código argentino, 1100 del Código español, 102 del Código suizo, 1219 del Código italiano y 805 del Código portugués, entre otros, o si debe prevalecer la mora *ex re*: *dies interpellat pro homine* (el tiempo interpela por el hombre), que acoge el Código alemán cuando establece que no es necesario el requerimiento si se ha señalado «un tiempo según el calendario».

Declaro que como autor de la ponencia sobre Derecho de Obligaciones en el Código Civil de 1984, sugerí incorporar en el proyecto y así lo aceptó la Comisión Reformadora, la mora *ex personae*, continuando la tradición jurídica peruana sobre la materia. Ello, sobre el principio de que si vencida la obligación el acreedor no la exige, demuestra que el retardo no lo afecta, y que tácitamente está prorrogando el plazo.

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

Hoy, con la experiencia vivida estos últimos años, me inclino por la mora *ex re*, dejando constan-

cia expresa, sin embargo, de que ambas soluciones legislativas, la mora *ex personae* y la mora *ex re*, son plenamente lícitas.

## 6. OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL

Concluyo expresando las dudas que abrigo en mi espíritu sobre el tratamiento de las obligaciones con cláusula penal en el Código Civil de 1984, en lo que respecta a la posibilidad de que dicho pacto, que constituye una previsión anticipada de daños y perjuicios, pueda ser modificado por el Juez.

La tradición jurídica peruana, en esta materia, ha sido fluctuante.

El Código Civil peruano de 1852, acogiendo la fórmula original del artículo 1152 del Código Napoleón, preveía que si se había estipulado el pago de cierta cantidad por daños e intereses para el caso de no cumplirse el contrato, debía observarse lo pactado. Luego, el artículo 1227 del Código Civil de 1936, basándose fundamentalmente en los artículos 340 y 343 del Código alemán de 1900, modificó el principio, permitiendo al Juez reducir equitativamente la pena cuando fuera manifiestamente excesiva. Y el Código Civil de 1984, adoptando una solución ecléctica, acoge similar precepto que el Có-

digo de 1936, pero agrega en su artículo 1341 que si además de la cláusula penal se ha estipulado la indemnización del daño ulterior, puede el acreedor solicitar que se eleve dicha penalidad a fin de que se aumente el monto indemnizatorio.

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

Son estas razones, sin duda, las que indujeron al maestro Manuel

Augusto Olaechea a propiciar en la Reforma del Código Civil de 1852, que se acogiese la fórmula brasileña del antiguo Código de 1916, que estatuye que el Juez no está facultado para modificar la pena estipulada, pero que su valor, en ningún caso, podrá exceder al de la obligación principal. Y fueron esas mismas razones las que también determinaron que se incorporara en el Proyecto de Código Civil de 1984 la fórmula brasileña modificada, esto es que el monto de la cláusula penal, inmutable, no podía ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida, y que si ella se estipulaba para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no podía ser superior a la cuarta parte del valor de dicha prestación.

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

Dejo estas inquietudes sobre la cláusula penal, al igual que sobre las demás materias que he desarrollado, al esclarecido criterio de los estudiosos del Código Civil de 1984.

Lima, octubre del 2009