

PRINCIPALES REFORMAS A LOS LIBROS DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DEL CODIGO CIVIL

Elvira Martínez Coco

Profesora de la Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M.

SUMARIO: 1.-Las Obligaciones con Prestación de Objetivo Genérico. 2.-La Teoría del Riesgo en las Obligaciones con Prestación de dar bien cierto. 3.-Obligaciones Conjuntivas. 4.-Las Obligaciones Parciarias y las Obligaciones Mancomunadas. 5.-La Regla de la No-Presunción de la Solidaridad. 6.-Obligaciones Indistintas, Concurrentes. 7.-La Mora en las Obligaciones con Prestación de no hacer. 8.-Pago por Consignación. 9.-Necesaria Distinción de los Contratos en Típicos, Atípicos, Nominados e Innominados. 10.-ContraOfeta. 11.-Lesión. 12.-Arras Confirmatorias y Penales

NOTA PRELIMINAR .

Es un terreno común el afirmar que el Derecho de las Obligaciones tal como fue concebido en Roma hasta el que manejamos en nuestros días ha sufrido muy pocos cambios. Pareciera, pues, que en principio estamos frente a una de las áreas del Derecho que bien podría tildarse de «inmodificable».

Esta afirmación, sin embargo, es sólo una apariencia porque la estructura lógica del Derecho de las Obligaciones requiere ciertamente de una serie de nuevas regulaciones en unos casos, establecimiento de contenidos acordes con los conceptos en otros, así como de algunos ajustes, que permitan que la utilización de sus instituciones nos ayude a una mejor y más eficiente distribución de la riqueza, lo que constituye en definitiva la razón de su existencia.

En cambio, se tiene la idea de que el campo contractual sí es movable, cambiante, porque es en él donde se desenvuelve la circulación de la riqueza, de tal manera que es allí donde se operan las mayores transformaciones para adecuar las normas a las nuevas relaciones jurídicas que se forman.

Esta es una verdad, pero, es una verdad a medias, porque no debemos olvidar que los contratos si bien no son la única fuente de las obligaciones, sí constituyen la más importante fuente de las obligaciones.

Ciertamente, son muchos y variados los cambios que debieran hacerse en ambos libros. Sin embargo, nos referiremos a los más importantes de ellos.

1. LAS OBLIGACIONES CON PRESTACIÓN DE OBJETO GENÉRICO

Actualmente se regulan los bienes inciertos en el artículo 1142 del Código Civil señalándose que estos «deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad». El artículo 1143 establece a quién le corresponde la elección y cómo se debe verificar esta elección.

Los bienes inciertos son solamente una especie de las prestaciones de objeto genérico a las que sería necesario regularlas en toda su extensión.

La obligación con prestación de objeto genérico es aquella en la que el objeto de la prestación está determinado solamente por su pertenencia a un género. Este objeto está integrado, lógicamente, por una serie de bienes más o menos amplia que comparten características similares.

Las obligaciones con prestación de objeto genérico se distinguen de las obligaciones específicas en que éstas últimas se refieren a una prestación que está totalmente identificada, de tal modo que el interés del acreedor se verá satisfecho únicamente con el cumplimiento de «esa» prestación determinada y totalmente diferenciada de cualquier otra.

En las obligaciones con prestación de objeto genérico, en cambio, el interés del acreedor queda satisfecho con la obtención de un bien del género y en esto radica la importancia de su función económica en el tráfico comercial.

Las obligaciones con prestación de objeto genérico pueden, a su turno, ser de distintas clases: de géneros limitados, de géneros inciertos y de géneros fungibles.

- Las de género limitado

Son aquellas que tienen como objeto de sus prestaciones universos circunscritos por las partes. Y como sabemos el riesgo en estos casos se produce a partir de la posibilidad de pérdida de todo el género. El Código Civil las ha regulado en este sentido en el segundo párrafo del artículo 1146.

- Las de género incierto

Son aquellas cuyas prestaciones tienen bienes de diversas calidades.

Los bienes que pertenecen a un género incierto comparten entre sí una serie de características que permiten que estén incluidos dentro del género, pero, sin embargo poseen otras que permitirán que en algún momento se les pueda distinguir por completo de los otros bienes de su mismo género mediante la elección, por lo que verificada ésta es posible aplicar la teoría del riesgo ya que su condición de bien incierto habrá cambiado «vía elección» a la de un bien cierto.

- Las de género fungible

Estas no han sido reguladas actualmente, de tal modo que las reglas existentes para el género incierto se le aplican extensivamente, aunque sería aconsejable que se les de un tratamiento adecuado a su naturaleza.

La fungibilidad de los bienes es una cualidad objetiva que resulta del modo como dichos bienes son considerados en el comercio. De esta manera, los bienes fungibles son aquellos que pueden ser sustituidos unos por otros sin ningún inconveniente porque comparten entre sí todas las características de los bienes de su mismo género. Los bienes fungibles son exactamente iguales y no existe posibilidad alguna de diferenciarlos.

Respecto de los bienes fungibles no cabe la elección porque elegir implica optar, discernir, preferir entre opciones diferentes a alguna de ellas. La individualización de este tipo de bienes sólo se produce mediante la entrega, o cuando se les añade alguna característica que por sí solos no poseen y que permiten distinguirlos de cualquier otro bien.

2. LA TEORÍA DEL RIESGO EN LAS OBLIGACIONES CON PRESTACIÓN DE DAR BIEN CIERTO

El Código Civil de 1984 ha optado en el inciso 5) del artículo 1138, concordado con el artículo 1431, por la aplicación para los efectos de la teoría del riesgo del principio «periculum est debitoris», que significa que cuando la prestación a cargo del deudor se convierte en imposible por causa no imputable a él, pierde el derecho a la contraprestación.

La teoría del riesgo se aplica, cuando se reúnen los siguientes requisitos: estar frente a un contrato con prestaciones recíprocas, que exista imposibilidad de cumplir con una de las prestaciones, que la imposibilidad sea sobreviniente, que la otra prestación todavía pueda ser cumplida y que la imposibilidad no sea imputable a ninguna de las partes.

En verdad, cualquier solución por la que se opte legislativamente, ya sea el «*periculum est creditoris*» o el «*periculum est debitoris*» será injusta porque se hará recaer el peso de la imposibilidad sobre los hombros de quien no fue culpable de ella.

Hubiera sido más justo utilizar una norma que permitiera compartir el riesgo entre las dos partes no culpables, lógicamente en los casos en que esto fuera posible, de la manera como ha sido regulado el contrato de obra en el segundo párrafo del artículo 1788, en el que se señala que: «Si la obra se pierde sin culpa de las partes, el contrato se resuelve de pleno derecho. Si los materiales son suministrados por el comitente, el contratista está obligado a devolverle los que no hubieran perdido y el comitente no está obligado a pagar la retribución de la parte de la obra no ejecutada». En este caso, el comitente pierde los materiales utilizados hasta el momento en que se perdió la obra y el contratista el trabajo que realizó.

3. OBLIGACIONES CONJUNTIVAS

Se conoce como obligaciones conjuntas, conjuntivas u objetivamente colectivas a aquellas en que existen dos o más prestaciones a cargo de un deudor en favor de un mismo acreedor. Se les diferencia de las obligaciones disyuntivas en que en estas el deudor está obligado a cumplir con una de las prestaciones mientras que en las conjuntivas debe cumplir con todas.

Las obligaciones conjuntivas no han sido reguladas por el Código Civil Peruano, siguiendo una tradición legislativa mundial en la que cabe mencionar como excepción al Código Civil Portugués, partiendo del criterio de que se les debía aplicar a cada una de las prestaciones a las que el deudor se había obligado conjuntamente, las reglas que correspondieran a su propia naturaleza.

Y, en verdad, el tratamiento que merecen las obligaciones conjuntivas debe estar determinado en principio por la relación que exista entre estas prestaciones respecto de la satisfacción del interés del acreedor. Y esto dependerá del hecho que todas ellas le proporcionen al acreedor la misma satisfacción individualmente consideradas porque al nivel de su interés se encuentran en una situación de igualdad, o de que una de las prestaciones deba considerarse como principal y las otras como accesorias.

Al primer caso lo ha denominado Díez-Picazo como un supuesto de «conjunción de prestaciones» y al segundo como «conurrencia de una obligación principal con una o varias obligaciones accesorias».

Si estamos frente a una conjunción de prestaciones se deberá decidir si es posible exigir el cumplimiento de cada una de ellas separadamente o deberán exigirse todas conjuntamente. Y esto dependerá finalmente del interés del acreedor.

Cuando una de las prestaciones, en cambio, es principal y las otras son accesorias la imposibilidad de la principal deberá determinar la imposibilidad de las accesorias.

4. LAS OBLIGACIONES PARCIARIAS Y LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS

La relación obligatoria debe estar formada por dos partes: deudor y acreedor. No existe, sin embargo, ningún inconveniente para que cualquiera de estas partes esté compuesta por más de una persona. Se presentan en estas situaciones los casos de pluralidad de sujetos en la relación obligatoria, de tal forma que varias personas pueden ser al mismo tiempo acreedores o deudores.

Nuestro Código Civil ha considerado como supuestos de pluralidad de sujetos tanto a la solidaridad como a la mancomunidad. Sin embargo, mancomunidad y solidaridad son sólo dos formas típicas de pluralidad de sujetos. Sin duda, las más importantes, pero no las únicas.

Ahora bien, nuestro Código Civil ha denominado erróneamente como mancomunadas a lo que, en verdad, son obligaciones parciarias, por lo que resulta necesario que se les dé la denominación que corresponde a su naturaleza.

Las obligaciones parciarias vienen de «parte», es decir, de división. En ellas, tanto el crédito como la deuda se descomponen o se dividen en créditos o deudas independientes que recaen sobre una parte de la prestación. Cada uno es deudor o acreedor de una parte.

La parciariedad presupone la divisibilidad de la prestación. Esto quiere decir, que la prestación es susceptible de ser dividida en partes sin pérdida de su valor ni de su utilidad.

Como vemos son a estas obligaciones parciarias a las que erróneamente el Código Civil ha denominado como obligaciones mancomunadas.

Las obligaciones mancomunadas, en cambio, encuentran su origen en la unión de las palabras «manos en común». En ellas, los créditos se atribuyen en común al grupo o consorcio y la deuda es también una deuda común o consorcial. Esto quiere decir, que todos juntos son deudores o acreedores de la totalidad, como sucede por ejemplo con el patrimonio hereditario o el patrimonio social.

5. LA REGLA DE LA NO-PRESUNCIÓN DE LA SOLIDARIDAD

Esta regla tiene sus antecedentes en el Derecho Romano clásico y encontró su consagración legislativa en la Novela 99 de Justiniano.

Nuestro Código Civil en su artículo 1183, exige para que se constituya una obligación con carácter de solidaria la voluntad expresa de los sujetos o el mandato de la ley.

Se trata, pues, de la aplicación del principio «favor debitoris» de tal manera que el que pretenda el carácter solidario de una obligación tendrá que probarlo.

Las necesidades del tráfico comercial y la práctica diaria exigen, sin embargo, una inversión de la regla de tal modo que lo que se presuma sea más bien la solidaridad otorgándose una mayor seguridad a los acreedores en tiempos en los que es de vital importancia la existencia de créditos y de seguridades que incentiven en los acreedores su otorgamiento.

6. OBLIGACIONES INDISTINTAS, CONCURRENTES O «IN SOLIDUM»

Es evidente que existen casos en que una persona puede reclamar a varias idéntica prestación, sin que se trate de deudores solidarios.

En las obligaciones indistintas, no rige el principio del fraccionamiento que domina en la parciariedad y es allí donde se diferencian. En las obligaciones indistintas cada deudor debe el todo.

Las obligaciones solidarias no son solamente aquellas en la que cada acreedor puede por sí solo y de una sola vez reclamar la totalidad del crédito,

y cada deudor está obligado a cumplir por sí solo y de una sola vez toda la prestación. Conviene advertir que para que una obligación sea solidaria se requiere además que exista una identidad de causa obligatoria, que unifique las diversas relaciones de deuda.

En las obligaciones indistintas, en cambio, no existe una obligación con identidad de causa como en la solidaridad, sino que existen dos obligaciones que coinciden en el contenido de su prestación, a pesar de encontrar su origen en fuentes diversas.

Son obligaciones indistintas, las que tienen prestaciones idénticas caracterizadas por el hecho que si uno de los deudores cumple, el acreedor no puede reclamar la otra, porque no obstante que cada deudor debe el todo, lo debe en virtud de una causa distinta.

Por ejemplo, la responsabilidad del Estado y la del juez por la incorrecta administración de justicia son concurrentes. La causa de la obligación del Estado es el hecho del juez que mueve el factor atributivo de responsabilidad y la causa de la obligación del juez es su hecho propio.

Otro caso en nuestro Código Civil es el del artículo 1987 en el que erróneamente se habla de responsabilidad solidaria cuando estamos frente a un caso de responsabilidad concurrente. En efecto, el artículo 1987 señala que: «La acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño quien responderá solidariamente con el responsable directo de éste».

El causante del daño y el asegurador están obligados a la misma prestación, las prestaciones coinciden, pero las fuentes o causas son distintas. La causa de la obligación del asegurador se encuentra en el contrato de seguro mientras que la causa de la obligación del dañador en el hecho que motivó el daño.

7. LA MORA EN LAS OBLIGACIONES CON PRESTACIÓN DE NO HACER

Las obligaciones con prestación de no hacer son aquellas que imponen al deudor el deber de no realizar algo.

El Código Civil las ha regulado genéricamente en sus artículos 1158, 1159 y 1160, siéndoles de aplicación lo prescrito en los artículos 1154 (pri-

mer párrafo), 1155, 1156 y 1157. En relación con algunos contratos existen además normas especiales que le imponen al deudor prestaciones de no hacer como en el suministro con cláusula de exclusividad (artículos 1616 y 1617) en el que, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación; en el arrendamiento (incisos 7, 8 y 9 del artículo 1681) por el que el arrendatario está obligado a no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres, a no introducir cambios ni modificaciones y a no subarrendar ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador; en el comodato (inciso 3 del artículo 1735) por el que el comodante se obliga a no solicitar la devolución del bien antes del plazo estipulado y, si no hubiera plazo, antes de haber servido al uso para el que fue dado en comodato; en la prestación de servicios (artículo 1760), de tal modo que el prestador no puede exceder los límites del encargo; en la subcontrata (artículo 1772) por la que el contratista no puede subcontratar íntegramente la realización de la obra, salvo autorización escrita del comitente; y en el depósito en el que, el depositario no puede usar el bien en provecho propio ni de tercero, salvo autorización expresa del depositante o del juez (artículo 1820).

En las obligaciones con prestación de no hacer, como en cualquier obligación, el interés y el fin perseguido por el deudor son indispensables para delimitar la prestación del deudor.

Normalmente, se ha negado la posibilidad que pueda configurarse la mora en una prestación de no hacer partiendo de la afirmación que al «hacer» se ha producido un incumplimiento total y sólo es posible, por tanto, la indemnización de los daños y perjuicios causados. Los ejemplos clásicos que se han utilizado para avalar esta posición son los de no talar un árbol o no divulgar un secreto de tal modo que al derribar el árbol o contar el secreto ya no es posible cumplir y no tiene cabida la mora.

En efecto, el incumplimiento se presenta cuando no es posible que la prestación se ejecute o cuando siendo posible de ejecutarse la prestación, ésta no es ya jurídicamente útil.

Para que se presente la mora se requiere, en cambio, que la prestación todavía sea posible de ser ejecutada y que dicha ejecución sea jurídicamente útil para el acreedor.

Existen ciertamente circunstancias en las que la ejecución del hecho prohibido agota la posibilidad de su realización y se está frente al incumplimiento. Son aquellas situaciones en las que la obligación prometida se quebranta con un hecho instantáneo como es el caso de la divulgación de un secreto o la tala de un árbol. Allí hay incumplimiento y no cabe la mora.

Existen otras situaciones, en cambio, en las que se promete la no ejecución de una actividad que venía haciendo el deudor habitualmente y ante el retardo en su cumplimiento, es decir, ante el no comenzar a «dejar de hacer lo que venía haciendo», es posible constituirlo en mora porque el cumplimiento de la prestación todavía guarda interés para el acreedor. Un ejemplo típico es el del pacto de no concurrencia o de no competencia en determinada zona geográfica tan usado en el comercio.

8. PAGO POR CONSIGNACIÓN

La consignación es un medio que concede la ley al deudor o al tercero que quiere pagar, para que cumpla con la obligación a su cargo.

Esta forma de pago indirecta ha sido una clase de las figuras que más se ha utilizado en términos judiciales. Tiene lugar cuando el acreedor se niega a recibir el pago o cuando por cualquier circunstancia el deudor no está en condiciones de hacer un pago válido.

Los artículos 1251, 1252, 1253, 1254 y 1255 referidos en el Código Civil a este tema, fueron modificados por la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil originándose una desnaturalización de esta figura.

Se requiere de una serie de presupuestos sin los cuales no se está legitimado para liberarse consignando. Esto es, la existencia de una relación obligatoria, que la deuda esté vencida, que se dé una oferta real de pago y que concurren todas las circunstancias que se requieren para hacer un pago válido.

La oferta real de pago que es un requisito indispensable ha sido, sin embargo, obviada en los procesos judiciales que se han venido llevando a cabo.

La oferta real de pago es posible cuando la relación obligatoria está vencida y la realización de la conducta por parte del deudor no se puede dar porque existen circunstancias que no permiten efectuar válidamente el pago.

La oferta real consiste, como expresa Wayar, en el hecho que el deudor debe poner tan cerca del acreedor la prestación como para que si éste lo desea la tome o la rechace. Esto quiere decir que no basta la mera intención de pagar, sino que es indispensable el ejecutar la prestación.

El artículo 1252 modificado distorsiona esto al señalar que el ofrecimiento puede ser «judicial o extrajudicial» olvidando que primero debe darse una oferta real de pago y que además, deben reunirse todos los requisitos del mismo: integridad, indivisibilidad, identidad, temporalidad y localidad.

También hemos señalado que para que proceda la consignación deben reunirse las circunstancias que nos permitan realizar un pago válido. Esto quiere decir que la deuda debe estar vencida. ¿Cómo puede, entonces, entenderse el tercer párrafo del artículo 1252 de Código Civil? ¿Qué se pretendió decir al señalarse que el ofrecimiento extrajudicial de consignación se efectúa del modo pactado, o «mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha del cumplimiento debido...»? ¿Esto quiere decir que se tiene que avisar «anticipadamente» que se va a cumplir para que pueda proceder la consignación? ¿Dónde quedaría, entonces, el requisito de la exigibilidad? Esta norma, obviamente debe ser cambiada.

9.- NECESARIA DISTINCION DE LOS CONTRATOS EN TIPICOS, ATIPICOS, NOMINADOS E INNOMINADOS

El artículo 1353° del Código Civil establece que todos los contratos de Derecho Privado, *inclusive los innominados* están sometidos a las normas de los contratos en general del Código Civil, salvo en lo que resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Nuestro legislador entendió, en su momento, al lado de juristas como Messineo, que los contratos innominados eran aquéllos que no tenían regulación legal, por lo que en realidad la norma se refiere a lo que hoy denominamos contratos atípicos. En efecto, son *contratos típicos*, entendiendo a la tipicidad sólo como tipicidad legal, los que tienen regulación legal y son atípicos los que no la poseen.

La tipicidad es una característica temporal y espacial. Lo típico hace algunos años puede no serlo ahora y volver a ser acogido por el ordenamiento jurídico con posterioridad. Además lo que es típico en un país puede no serlo en otro.

Los *contratos nominados*, en cambio, son aquellos que tienen un nomen iuris, es decir, un nombre jurídico porque han sido reconocidos con ese nombre por la doctrina, la jurisprudencia o la legislación. Mientras que los innominados no lo poseen.

Resulta, pues aconsejable eliminar del artículo 1353° la mención a «inclusive los innominados» porque la referencia a «todos los contratos de derecho privado» es suficiente ya que ella es omnicompreensiva de todas las clases de contratos: nominados e innominados y típicos o atípicos.

10. CONTRAOFERTA

La contraoferta es una declaración unilateral formulada por el destinatario de la oferta en respuesta al ofrecimiento que le hicieron, a la que le falta alguno de los requisitos necesarios para ser considerada como una aceptación. Se trata, en realidad, de una nueva oferta que invierte las primitivas posiciones contractuales.

La *aceptación* debe ser congruente con la oferta y para que pueda ser considerada como aceptación debe reunir ciertos requisitos: voluntad definitiva de contratar, verificarse en el plazo contractual o legal de tal modo que sea una declaración oportuna, ser conforme con la oferta y formularse con la forma que el destinatario estime conveniente, salvo que el oferente, las partes anteladamente o la ley hubieran señalado una en particular.

Si la declaración del destinatario de la oferta carece de alguno de estos requisitos no debe ser considerada como una aceptación, sino como una contraoferta.

Por estas razones, el artículo 1376° no debe referirse a la «aceptación tardía» ni a la «aceptación oportuna». Tampoco el artículo 1378° debiera hacer mención de la «aceptación que se formule sin observarse la forma requerida» porque, en puridad, en ninguna de estas situaciones estamos frente a una aceptación, sino frente a una «*declaración tardía*», una «*declaración no conforme*» o una «*declaración sin la forma solicitada*» que, en verdad, es una modalidad de declaración no conforme con la oferta.

La solución que el Código otorga a dos de estas situaciones es correcta, de tal manera que como se señala en el artículo 1376°, la declaración tardía y la oportuna no conforme con la oferta equivalen a una contraoferta. En

estos casos, el oferente puede considerar eficaz la declaración tardía o la que se haga con modificaciones dando inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

Lógicamente, si esa es la regla para los casos de la declaración fuera de plazo y de la declaración con modificaciones, también debería darse la misma solución cuando la declaración se formule sin observarse la forma requerida por el oferente.

El Código señala actualmente en su artículo 1378° que la declaración que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente es ineficaz cuando debiera, en realidad, considerársele como una contraoferta con la posibilidad que el oferente primitivo la pueda considerar eficaz.

11. LESION

El Código Civil peruano ha consagrado la lesión «subjetiva - objetiva» en su artículo 1447°. En él, no se destaca solamente el abuso o aprovechamiento del lesionado que realiza el lesionante, debido a la situación de debilidad en que se encuentra el primero, sino que se aprecia el hecho que al lado de este elemento debe encontrarse siempre presente la desproporción de las prestaciones.

En relación con el artículo 1447° que establece que: «La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes ...», propongo el cambio de la fórmula matemática actualmente consagrada en el sentido que la desproporción debe ser «mayor de las dos quintas partes», por la de una «*desproporción evidente*».

Las legislaciones modernas dejan librado al prudente arbitrio judicial la apreciación de si existe o no el elemento objetivo de la lesión, sin ajustarse a límites materiales estrictos que terminan por dejar de lado, las más de las veces, situaciones injustas o lesivas.

Proponemos la utilización del término *evidente*, como lo hace el Código de las Obligaciones suizo de 1911 (artículo 21), el Código Civil Turco de 1926 (artículo 954) y el Código Civil de China (artículo 74), entendiendo lo «evidente» como que no es sólo necesario que exista desproporción, sino que esa desproporción debe saltar a la vista, herir nuestros sentidos directamente, mostrárenos sin necesidad de probanza ni pericia alguna.

En este mismo orden de ideas y por las razones expuestas anteriormente debería eliminarse del artículo 1448° que se ocupa de la «lesión enorme o enormísima», la referencia que se hace a la fórmula matemática por la incorporación de la desproporción «notable».

Para que se configure la lesión se requiere la presencia de tres elementos: uno objetivo y dos subjetivos.

El elemento objetivo se refiere a la desproporción de las prestaciones y los subjetivos al lesionante y al lesionado. En relación con el lesionante, el aprovechamiento que éste efectúa, y respecto del lesionado, el estado de necesidad en que se encuentra.

Propongo la incorporación al lado del estado de necesidad apremiante, del estado de peligro en que pueda encontrarse el lesionado.

Hay un sector doctrinario que entiende que el concepto estado de necesidad es omnicomprensivo de las situaciones de angustia moral y de peligro, además de las de orden patrimonial entendidas como la falta o carencia de las cosas que son necesarias para la vida.

Para otro sector, en cambio, son distintos los contratos concluidos en «estado de necesidad» de los celebrados en «estado de peligro». El Código Civil Italiano de 1942, en esta línea, diferencia el «*stato di bisogno*» del «*stato di pericolo*» otorgando para ambos casos la acción rescisoria. Se trata, pues, en este caso de un concepto restringido del estado de necesidad.

Frente a esta dicotomía de concepciones en relación a un concepto de necesidad amplio o uno restrictivo diferenciado del estado de peligro, creemos que en el Código Civil actual, el concepto de necesidad debe entenderse aplicable también a las situaciones de angustia moral y de peligro porque se trata de un vocablo «omnicomprensivo de un estado carencial» por el que la libertad de elegir el negocio a celebrarse se ve minimizada.

Ahora bien, soy consciente que el hecho de señalar que debe darse una interpretación amplia del concepto «estado de necesidad» no impide el que doctrinaria y jurisprudencialmente pueda darse acogida a la tesis restrictiva.

Por estas razones, propongo la incorporación al lado del estado de necesidad apremiante, del estado de peligro en que pueda encontrarse el lesionado.

El artículo 1448° establece que cuando la «desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado»

Estamos frente a una presunción *iuris tantum* de los dos elementos subjetivos de la lesión: el aprovechamiento que efectúa el lesionante y el estado de necesidad en que se encuentra el lesionado.

Propongo que la extensión de la presunción abarque solamente el aprovechamiento que realiza el lesionante y no el estado de necesidad.

El estado de necesidad se prueba a través de todas las circunstancias que colocan al sujeto en esa situación. Este estado es, por tanto, susceptible de demostración, mientras que el aprovechamiento que el lesionante efectúa es de difícil demostración. Más aún, quien se encuentra en mejor condición de demostrar el estado de necesidad es justamente el que lo ha sufrido.

El aprovechamiento, en cambio, se ubica en el nivel más interno, recóndito e íntimo del sujeto, en donde ningún otro ser humano puede ingresar por lo que su probanza no puede darse directa sino indirectamente. En este orden de ideas, se entiende que si el lesionante «conocía» del estado de necesidad, se aprovechó del lesionado.

Recomiendo, por ello, la restricción de la presunción solamente para el aprovechamiento que efectúa el lesionante.

En cuanto a la acción de reajuste contenida en los artículos 1451° y 1452° del Código Civil propongo el cambio de la acción de «reajuste» por el de la acción de ajuste.

Reajustar significa volver a ajustar, retornar las cosas al estado en que se encontraban antes, lo que presupone que el contrato fue inicialmente justo. El reajuste es, en verdad, propio de la excesiva onerosidad de la prestación, por lo que sería preferible regular una acción de ajuste.

12. ARRAS CONFIRMATORIAS Y PENALES: NECESIDAD DE SU ELIMINACIÓN¹

Origen de las arras confirmatorias.

Existe discrepancia entre los autores respecto del origen de las arras. Para unos, se encuentra en las costumbres de los comerciantes púnicos o de los fenicios; para otros, en la venta griega de donde pasó a Roma.

En el Derecho Romano Clásico representaron un medio de prueba de la conclusión de un contrato cumpliendo una función puramente confirmatoria a través de la entrega de anillos o de monedas.

En el Derecho Romano post-clásico se desarrollan otras funciones de las arras: la de garantizar la obligación ante el incumplimiento y la de dar derecho a cualquiera de las partes de retirarse del contrato devolviéndolas dobladas si las recibió o perdiéndolas si las entregó.

Clases de arras

Siguiendo a Félix Hernández Gil las arras pueden ser clasificadas, atendiendo a la función que cumplen, en confirmatorias, penales y de retractación (también denominadas esta últimas comúnmente como «penitenciales»)².

Las arras confirmatorias.

Las arras confirmatorias cumplen «una función de señal de la celebración de un contrato o de prueba de su perfección (...). Las arras ejercen una función probatoria: demuestran que el contrato se ha celebrado y ha comenzado a ser cumplido. Suponen un principio de ejecución del contrato y, por consiguiente, una prestación realizada en cumplimiento de una relación obligatoria»³.

¹ Esta última propuesta fue presentada el año pasado, por la autora en ponencia conjunta con el doctor Carlos Cárdenas Quirós ante la Comisión Reformadora del Código Civil.

² Cfse.: HERNÁNDEZ GIL, Félix. Universidad de Salamanca. Derecho. Tomo III. Nº 2. Salamanca. 1958.

³ DÍEZ – PICAZO, Luis. «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». Volumen Segundo. «Las relaciones obligatorias». Editorial Civitas. Quinta edición. Madrid. 1996. pág. 405.

Como puede apreciarse, las arras confirmatorias cumplen la función de probar, de señalar, de dar noticia de la celebración de un contrato. Por ello, lo natural es que quien recibió las arras las devuelva o las impute sobre su crédito según la naturaleza de su prestación.

Esta clase de arras tenía sentido en el Derecho Romano dominado por el formalismo en donde la regla era que el «nuda pacto obligationem non parit», es decir, que el pacto desnudo, el pacto desprovisto de forma no generaba obligación alguna.

En sistemas como el nuestro en el que el principio es el de la libertad de forma no tiene sentido mantener las arras confirmatorias, más aún cuando comprobamos que su función se agota en el mismo momento de la celebración y que inmediatamente deberán devolverse o imputarse sobre el crédito. Y cuando esto último sucede, jurídicamente nos encontramos, en verdad, frente a un «pago a cuenta».

Las arras confirmatorias tampoco cumplen función de garantía alguna. Así expresa Díez- Picazo que: «Su función de garantía no es otra que la que pueda suponer precisamente esta prueba de la conclusión de un contrato y expresión de ejecución como demostrativo de un propósito de obligarse contractualmente. Por ello, puede decirse que en realidad no constituyen verdadera garantía y que, cuando una cantidad es simplemente anticipada no por ello existen arras genuinas».⁴

La regulación de las arras confirmatorias sufrió con el correr del tiempo una desnaturalización que ocasionó que a las mismas se les diera un efecto penal. Esta es la corriente que legislativamente ha seguido nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 1385 del Código Civil Italiano, que regula la denominada «seña confirmatoria», es una de las fuentes de los artículos 1478 y 1479 del Código Civil de 1984.

Comentando la norma del Código Civil Italiano ha dicho Miccio que son dos «los significados de la seña confirmatoria que parecen emerger de la voluntad del legislador, el primero es aquél de un pago a cuenta, de un par-

⁴ DÍEZ - PICAZO, Luis. Op. cit., pág. 405.

cial y anticipado pago efectuado por una de las partes; el segundo es una previsión eventualmente sustitutiva del resarcimiento del daño. De estos dos el primero es solamente instrumental del segundo, constituyendo este último, en cambio, el verdadero sentido del precepto».⁵

Este autor señala con corrección que «la intención del legislador es solamente proporcionar un instrumento de simplificación de la fase patológica de la relación, vale decir del incumplimiento. La primera prueba se encuentra en la última parte del primer párrafo del artículo 1385, donde se lee que en caso de cumplimiento la seña deberá ser restituida o imputada a la prestación debida, lo cual vale decir que si la relación de crédito tiene un desarrollo normal, la seña no tiene función alguna concreta».⁶

Si en nuestro ordenamiento jurídico no necesitamos, en principio, una forma determinada para entender que un contrato ha sido concertado porque el principio es el de la libertad de forma; si el medio recomendable de prueba de la existencia del contrato lo tienen las propias partes que deciden utilizar para la concertación del mismo una forma mínimamente escrita; y, si adicionalmente las arras confirmatorias en verdad constituyen pagos a cuenta, dejemos que estos pagos a cuenta sean regulados por las propias partes sobre la base de la autonomía privada, dándole a las instituciones jurídicas regulaciones acordes con su contenido.

Por las razones expuestas somos de la opinión que las arras confirmatorias deben ser eliminadas del Código Civil.

Las arras penales.

Las arras penales no señalan la conclusión de ningún contrato, sino que garantizan el incumplimiento de la relación obligatoria creada por él, dando la posibilidad a la parte que no ha incumplido de dejar sin efecto el contrato conservando las arras si las recibió o exigiendo el doble si las entregó.

Por ello, se ha señalado que cumplen una función indemnizatoria semejante a la de la pena obligacional, porque en ambos casos se trata del estable-

⁵ Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Contratos*. Para leer el Código Civil. Tomo VI, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima. 1997, pág. 157.

⁶ *Ibidem*, pág. 157.

cimiento antelado de la indemnización que cubrirá los daños que pudieran ocasionarse al acreedor ante la falta del cumplimiento de la prestación de cargo del deudor.

No resulta necesario el mantenimiento de esta figura por las siguientes razones:

- a) Las arras penales presuponen la existencia de las arras confirmatorias. Al haberse propuesto la supresión de éstas, carece también de sentido la subsistencia de las arras denominadas penales.
- b) La entrega de una suma de dinero o de un bien mueble garantizando el cumplimiento de las prestaciones en el momento en que el contrato se celebra, autorizando a que el acreedor los haga suyos en caso del incumplimiento, constituye un pacto comisorio que el Código Civil proscribe.
- c) Es necesario que los cuerpos legislativos den soluciones unívocas sin dejar puertas abiertas que permitan lograr, utilizando una figura distinta, lo que expresamente ha querido prohibirse.

Al referirnos a las similitudes entre las arras y la pena obligacional señalamos que ambas constituyen una fijación antelada de la indemnización por los daños que pueda sufrir el acreedor. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que respecto de la pena obligacional nuestro sistema se ha inclinado por la mutabilidad parcial de la misma, autorizándose su reducción en caso de ser manifiestamente excesiva (artículo 1346 del Código Civil). De subsistir las arras penales, se estaría dejando abierta una vía que excluiría la revisión de lo pactado, fórmula que no sería armónica con el propósito que ha inspirado el artículo 1346 del Código Civil.

- d) No es totalmente cierta la afirmación doctrinaria en el sentido de que las arras penales brindan una mejor protección que la pena obligacional, porque en las primeras existe la «datio rei» al momento de la concertación, mientras que en la segunda, la penalidad deberá exigirse producido el incumplimiento.

Esta mejor «protección» es relativa porque ello acontecerá solamente en el caso de que quien tenga las arras sea el perjudicado con el incumplimiento. Caso contrario, si el perjudicado fuera quien las entregó se encontraría en una situación sumamente perjudicial: además de no

habérsele proporcionado la prestación convenida, debe exigir la devolución (ciertamente dobladas) de las arras que entregó, lo que inevitablemente dará lugar a la iniciación de un proceso judicial.

- e) Si de lo que se trata es de asegurar el cumplimiento de la prestación, nada impide pactar una pena obligacional o constituir una garantía real o personal para alcanzar ese propósito.

Por lo expuesto, sugerimos la supresión de los artículos 1478 y 1479 del Código Civil.

Las arras de retractación.

Este tipo de arras cumple la función de permitir a cualquiera de las partes que ha celebrado un contrato preparatorio el retractarse de celebrar el contrato definitivo, perdiendo las arras si las entregó o devolviéndolas dobladas si las recibió.

Somos de la opinión que debería sustituirse en el artículo 1480 del Proyecto la referencia general a «los contratos preparatorios» por una circunscripción exclusivamente al «compromiso de contratar». Esto permitiría eliminar un error en el que se ha incurrido al comprender también a los contratos de opción.

Es característica esencial del contrato de opción, la del otorgamiento de una oferta irrevocable en favor del optante que efectúa el concedente. Por lo tanto, ¿cómo podría admitirse en un contrato de opción arras de retractación?

Si el concedente pudiera retractarse no estaría otorgando opción alguna y respecto del optante, éste no necesita acordar las arras de retractación porque la celebración o no del contrato definitivo depende única y exclusivamente de su sola decisión.

Por las razones expuestas proponemos la siguiente redacción para el artículo 1480 del Código Civil:

*«**Artículo 1480.** - La entrega de las arras de retractación es válida sólo en el compromiso de contratar y concede a las partes el derecho de retractarse de él».*