

Comentarios al Código Civil Peruano

DERECHO DE OBLIGACIONES

SECCION TERCERA (*)

DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Art. 1264.—“El que tuviere varias deudas de la misma naturaleza, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse éste, si todas las deudas son de plazo vencido. Sin el consentimiento del acreedor, no se hará imputación de pago a una deuda ilíquida o no vencida”.

Referencias: Digesto, lib. 46, tit. 3, fr.; Código, lib. 8, tit. 43, ley 1; Códigos francés, art. 1253; italiano, 1255; suizo, 85; español, 1172; portugués, 728; alemán, 366; argentino, 773 y 744; chileno, 1596; uruguayo, 1476; boliviano, 844; venezolano, 1323; japonés, 488; 1.^a; austriaco, 1415; brasilero, 991; peruano, 2230; turco, 85; chino, 321; polaco, 212.

El Código trata en los artículos 1264 a 1267, de la imputación del pago.

La imputación presupone cuatro condiciones: pluralidad de deudas; que ellas respecten al mismo acreedor y al mismo deudor; que el pago sea insuficiente para cubrir todas ellas; que

(*) Véase el Año II, los números I y II del Año III y el número I del Año IV de esta Revista.

sean de la misma naturaleza. Tales condiciones se hallan virtual o expresamente consignadas en el artículo 1264.

En primer lugar corresponde al deudor hacer la imputación. "*Quotiens qui debitor expluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere quod potius debitum voluerit solutum; et quod dixerit, id erit solutum. Possumus enim certam legem dicere ei, quod solvimus.*" (Digesto, lib XLVI tit 3, ley 1), En lo posible se favorece al deudor. Y este principio se destaca tratándose de la imputación del pago, con la facultad que se le da de indicar a cuál de sus obligaciones se aplicará el pago.

Pero la elección sólo puede tener lugar entre deudas líquidas y de plazo vencido. En la ponencia primitiva se decía, con referencia al apartado primero del artículo 225 del Anteproyecto: "si todas las deudas fuesen líquidas y de plazo vencido". Al discutirse el dispositivo se consideró la conveniencia de no incluir como requisito obligatorio, que las deudas fuesen líquidas; y así se acordó (Sexto Fascículo; pag. 179); pero en el segundo apartado del artículo se dejó la referencia a la deuda ilíquida junto a la de plazo no vencido, indicándose que entonces la imputación no podía hacerse sin el consentimiento del acreedor. Es así como aparece el artículo 1264 del Código.

En cuanto al requisito de que la deuda sea líquida, se explica en primer término, porque el acreedor no puede ser obligado a recibir el pago de una deuda si antes no es liquidada. Además, de consentirse en que la imputación recaiga en una deuda ilíquida, puede ocurrir que el importe de ella resulte superior al monto de lo pagado, y en este caso se falta a la regla consignada en el art. 1247, sobre la indivisibilidad del pago.

En cuanto a la exigencia de que la deuda sea de plazo vencido, es de observar que su fundamento sólo puede explicarse si el plazo está instituido en favor del acreedor, o de ambas partes, acreedor y deudor, pues entonces imputar el pago a una deuda no vencida, sería desconocer un derecho del acreedor. Pero si el plazo está instituido en favor del deudor, no hay inconveniente alguno para que el deudor impute el pago a una deuda aun

no vencida, ya que en tal circunstancia no hace sino renunciar a un derecho que exclusivamente a él correspondía. Según el número 1112, el plazo se presume establecido en favor del deudor. Y no obstante, el art. 1264 prohíbe que la imputación pueda recaer en una deuda de plazo no vencido, salvo asentimiento del acreedor. Hay, pues, implicación entre uno y otro precepto.

Como consecuencia del principio esencial tratándose de la imputación por obra del deudor, de que ella no puede hacerse con desconocimiento de los derechos del acreedor, resulta que el deudor no puede imputar el pago sobre una deuda de importe superior, para así pagarla parcialmente.

Por lo demás, como escribe Giorgi, "será apenas necesario indicar que la opción concedida al deudor y en su defecto al acreedor, supone que la elección sea natural o legalmente posible. No sería naturalmente posible, cuando las deudas tuvieran por objeto cuerpos ciertos y determinados o especies del todo diferentes, de manera que el cuerpo o la especie no pudieran equipararse al otro o a la otra. Evidentemente quien deba a la misma persona la restitución de mil libras por mutuo y la entrega de un tronco de caballos por venta, no tendría ciertamente, pagando las mil libras, la extraña pretensión de imputarlas en su deuda del tronco. Es cosa que, por deseo de claridad, nuestro legislador ha estimado oportuno hacer comprender, diciendo en el art. 1255, que las deudas deben ser de la misma especie. Generalmente las imputaciones recaen sobre pagos pecuniarios".

El artículo 1264 únicamente funciona tratándose de pago voluntario, o sea, que si el pago resulta de ejecución forzada, la imputación se produce *ex necessitate*, sobre el crédito en que recayó aquella.

Hay que resaltar que la imputación debe efectuarse por el *solvens* al tiempo de efectuar el pago: *tempore solutionis exprimeret*.

Por eso, el artículo 1264 dice que la indicación acerca de la deuda que deba considerarse cumplida, ha de efectuarla el prestador "al tiempo de hacer el pago".

El deudor podría reservarse el derecho de hacer la imputación después de la *solutio* misma, siempre que el acreedor lo consienta expresamente.

La jurisprudencia alemana respecto a esta materia de la imputación, ha ido hasta admitir que lo preceptuado en el art. 366 del B. G. B. pueda operar aun en el silencio del deudor, cuando según las circunstancias resulte inducible cuál prestación quiso extinguir. (Soergel). Como advierte Colmar, esto es consentible únicamente cuando las circunstancias permitan extraer una conclusión lógica, en el sentido de que el deudor quiso cabalmente determinada deuda pagar. Ir más allá parece lindar en lo arbitrario.

Art. 1265.—“Cuando el deudor no ha indicado a cual de las deudas debe hacerse la imputación, pero hubiese aceptado recibo del acreedor, imputando el pago a alguna de ellas determinadamente, no podrá reclamar contra esta aplicación, a menos que hubiese causa que invalide el acto”.

Referencias: Derecho romano. Código, lib. 8, tit. 43, ley 1; Digesto, lib. 46, tit. 3, fr. 1 in fine; Códigos francés, art. 1255; italiano, 1257; español, 1172, 2.º apartado; suizo, 86; argentino, 775; uruguayo, 1479; venezolano, 1325; boliviano, 846; japonés, 488; 2.º apartado; turco, 85 al 2.º brasileiro, 992; polaco, 213.

La imputación por el acreedor tiene un carácter subsidiario, en caso de que ella no haya sido verificada por el deudor. El deudor, que en primer término tiene el derecho de hacer la imputación, debe efectuar ésta en el momento de pago. Si entonces no la efectúa, corresponde al acreedor, conforme a los términos del art. 1265. La imputación en este caso la hace el acreedor, pero con el asentimiento del deudor, que se manifiesta por la aceptación del recibo en que el acreedor hace la imputación. Así que tal aceptación comporta propiamente un convenio *inter partis*, de suerte que una modificación en la interpretación no sería posible si no es de común acuerdo. Ni el deudor ni tampoco el acreedor pueden por su sola voluntad imponer la modificación. El acreedor sólo puede libremente elegir la deuda a que se imputa el pa-

go, hasta antes de la aceptación del recibo por el deudor; después no.

De este modo resulta que no se puede reclamar contra la aplicación hecha del pago, salvo la causal expresada en la última parte del precepto: que haya existido una causal que invalide el acto. Es evidente que la impugnación por esta causal sólo corresponderá al interesado, al deudor; el acreedor no podría argüir contra un acto que ha dependido de su propia determinación.

Es únicamente una causal de nulidad, la invocable. No es necesario acreditar el perjuicio que haya podido sufrir el deudor. El Código de Napoleón y el italiano hablan de "sorpresa" o "dolo". El argentino agrega el caso de violencia. Violencia o dolo, indica el Código brasileiro.

El Código nacional ha adoptado la fórmula del español, y con acierto. Sobre el particular escribe Manresa y Navarro que "pasado ese momento de la aceptación del recibo, en el cual la repulsa del deudor es discrecional, se halla ésta limitada, en cuanto a causas y tiempo para formalizarla, a las disposiciones generales que regulan la nulidad de los contratos (por dolo, error, etc.) Esta equiparación es nueva prueba de que el consentimiento del deudor es necesario cuando la imputación se hace en el recibo, puesto que el caso se considera contrato. Esta consideración que la ley expresamente atribuye a la imputación hecha en tal forma, indica que la invalidación de aquélla puede ser por causas que exclusivamente afectan a dicho acto, con independencia de la validez de la obligación a que se hubiera imputado el pago; opinión ésta diferente de algunas que confunden la necesidad de la imputación con la de las obligaciones respectivas, subordinando aquélla a éstas, siendo así que bien puede darse el caso de vínculos jurídicos perfectos, en cuyo cumplimiento se produzca una imputación nula (v. gr., por dolo).

No se establece en qué caso puede impugnar el deudor la imputación. Como anotan Demolombe y Baudry Lecantinerie et Barde se trata aquí de una cuestión de hecho. Hay que considerar el tiempo en que el deudor puede libremente y en conocimiento del hecho, formular su oposición. La misma será resuelta por la autoridad judicial. Si se declara fundada, no hay pago. La deuda subsiste, pues; y por lo mismo se mantienen sus accesorios y garantías.

Se considera que una regla como la reflejada en el precepto 1265 no rige sino en cuanto a las relaciones entre acreedor y deudor. O sea, que los terceros interesados no quedarían sometidos a la imputación, verificada por el acreedor, en perjuicio de ellos. Y así, por esta razón, la facultad del acreedor, en lo que toca a imputación, queda limitada por la disposición 1848 del Código francés, que se reproduce en el art. 1722 del Código peruano vigente, cuando el acreedor forme parte de una sociedad, la cual también es acreedora del mismo deudor. (Dallos).

La imputación efectuable *parte creditoris* debe ser hecha en el momento de recibir el pago y constar en el respectivo recibo. De otra manera, se aplicaría la imputación legal (art. 1267).

Art. 1266.—“El que deba capital, interés y gastos, no puede, sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, ni a estos antes que a los gastos”.

Referencias: Código, lib. 8, tit. 43, ley 1, in fine; Digesto, lib. 46, tit. 3, fr. 5, párrafo 2; Códigos francés, art. 1254; italiano, 1257; español, 1173; argentino, 776, 777; uruguayo, 1477; venezolano, 1324; boliviano, 845; japonés, 491; austriaco, 1416; brasileiro, 993; peruano, 2330 inc. 3.º, turco, 84; suizo, 85; polaco, 212 al 2.º

El artículo tiene su precedente en los números 1246 y 1247. Su fundamento esencialmente está en que el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales. Pero en caso de que el deudor hubiera sido condenado por razón de una deuda a daños y perjuicios, no sería aplicable el art. 1266, porque el pago de tales daños y perjuicios es enjuiciable constituyendo una deuda distinta e independiente.

Según la opinión dominante entre los autores, la regla a que se contrae el art. 1266 se aplica tanto a los intereses moratorios como a los compensatorios. Es indudable que para que la imputación sobre los intereses tenga lugar, es necesario que ellos sean líquidos y exigibles. Si la suma pagada, con imputación expresa sobre los intereses únicamente, excede a lo que es debido por tales intereses, dicho exceso se imputa al capital, en cuanto éste sea exigible.

Si el acreedor ha prestado el consentimiento que preve el artículo 1266, puede el deudor hacer la imputación que crea conveniente; el acreedor no podría objetarla.

Si el pago efectuado por el deudor es parcial, la imputación siempre se hará en la forma que determina el precepto. En lo que respecta a los gastos, el dispositivo se explica, pues aquéllos “en efecto tienen el carácter de un simple anticipo hecho por el acreedor para poder cobrar su crédito y, por consiguiente, es lo primero que debe pagarse”. (Salvat).

La regla del art. 1266 no es de orden público, o sea que es lícito al acreedor renunciar a ella aceptando el pago, *si qui dabat, in sortem se dare dixisset*. “Puede solo nacer de cuestión de voluntad, cuándo la intención sea dudosa, y preguntarse si está permitido al acreedor alzarse contra la imputación, invocando el artículo 1257, por el que se da al deudor la facultad de impugnar cuando exista dolo o sorpresa, la imputación hecha en su daño. Y si debemos creer a la doctrina que prevalece, la aplicación extensiva de esta disposición no podría rechazarse, tratándose no de derecho singular basado en principios de conveniencia, sino más bien de una regla de justicia natural” (Giorgi).

La disposición 1266 significa una limitación al derecho de libre imputación declarado en el art. 1264.

Art. 1267.—“No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplicará el pago a la que gana más interés entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza, hipoteca o prenda; si las deudas de plazo vencido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, a todas proporcionalmente”.

Referencias: Digesto, lib. 46, tit. 3; frs. 1, 5, 7, 8, 103; Códigos francés; art. 1256; italiano, 1258; español, 1174; portugués, 729; suizo, 87; alemán, 366; 2.^a parte; argentino, 778; venezolano, 1326; boliviano, 847; japonés, 486; brasileiro, 994; peruano, 2270; turco, 86; chino, 322; polaco, 214.

La imputación legal sobreviene en defecto de la imputación verificable por el deudor o por el acreedor.

La idea que preside el art. 1267 es que la aplicación del pago se haga en la forma que sea más beneficiosa al deudor, por lo que se imputará a la deuda mas onerosa para él mismo, conforme a la indicación que sobre el particular contiene la ley. Tal indicación es conveniente, porque da una regla general acerca de la imputación. Se señala en el art. 1267 el orden para esta; pero sólo refiriéndose al caso de deuda que gana interés, al de deuda con garantía y al de la antigüedad de las deudas. Puede haber otras circunstancias que importen el que una deuda sea más onerosa para el obligado que otra; por ejemplo, aquella que está sujeta a una cláusula penal. La interpretación legal debe llevar a considerar que en tales casos regirá el principio informador de la disposición, de modo que el pago deberá aplicarse a la deuda más onerosa.

Conforme a lo que subraya Staudinger, el que una deuda sea más gravosa que otra para el obligado, es una cuestión a determinar apreciando todas las circunstancias pertinentes al caso.

Por lo demás, es lógico que así sea, pues el pago es acto dependiente del deudor, y a éste en primer término corresponde designar a qué deuda debe aplicarse aquel; siendo sobreentendido que la imputación del pago, en general, únicamente funciona tratándose del pago propiamente dicho, del pago voluntario.

Es de observar que el artículo sólo hace referencia a deudas vencidas, concordando con el art. 1264. Y como el número 1267 no distingue, tiene eficacia tratase de plazo legal o convencional, tratase de plazo convenido en favor del acreedor o del deudor.

Conforme resulta el art. 1267, debe en primer término considerarse la deuda productiva de intereses; y si existen varias deudas, la deuda pagada debe ser la que produzca interés más alto.

En segundo lugar el pago recaerá en deuda con garantía consistente en fianza, hipoteca o prenda. Extinguiéndose la deuda garantizada con fianza, el deudor se libera de dos acreedores, el

acreedor propiamente dicho y el fiador, el cual se subrogaría a éste en su caso. Y en cuanto al supuesto de garantía real, el pago de la deuda lleva la extinción de aquella.

Como se ha dicho antes, pueden ofrecerse otras hipótesis, de deudas que por su carácter más oneroso que otras, interesaría al deudor que fueran pagadas en primer lugar. Así, la deuda con cláusula penal, la deuda en que el *solvens* es obligado solidario, la deuda con respecto a la cual el deudor es demandado, la deuda cuya falta de pago expondría al deudor a una acción de resolución, rescisión o daños y perjuicios.

En caso de que existan deudas de igual naturaleza, o sea que ninguna puede reputarse como más onerosa, el pago vendrá a recaer sobre la más antigua. Larombiere y después Laurent entendieron por tal, la deuda entre varias de plazo cumplido que primero hubiera vencido. Pero tal opinión yace abandonada, debiendo considerarse la fecha en que se originó la deuda.

Por último, si las deudas son de la misma fecha, el pago se dividirá entre ellas proporcionalmente.

No indica el legislador cómo se procederá cuando se trate de deudas de plazo vencido. Parece natural entonces que sean válidas, por analogía, las reglas consagradas en el art. 1267.

Art. 1268.—“Ni el acreedor ni el deudor pueden retractarse de la imputación practicada por ellos. Hecha en su caso la imputación legal, sus efectos son irrevocables”.

El precepto a que se contrae el numeral 1268 no tiene referencias: no se descubre en otros cuerpos legislativos uno como el que ha merecido la indicación del codificador peruano. Y es que estando la norma a que el artículo respecta fuera de toda discusión, el mismo resulta de obvia evidencia. “La imputación no es otra cosa que un pago, advierte Demolombe, y por consecuencia ella tiene por efecto, como todo pago, extinguir la deuda a la cual se halla dirigida” Ahora bien, la extinción de una obligación por el pago se produce definitivamente. Las partes no pueden hacer revivir el crédito; podrán crear uno nuevo, pero no pretender resucitar el que ya ha fenecido.

Por lo tanto, se comprende inmediatamente que con la imputación verificada, se extinguen las garantías que existían anexas al crédito.

Art. 1269.—“La subrogación se opera de pleno derecho a favor:

1.º—Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente;

2.º—Del que por tener legítimo interés cumple la obligación;

3.º—Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor”.

Referencias: Digesto, lib. 19, tit. 2, fr. 47, in fine; lib. 20, tit. 5 fr. 3, párrafo 1; lib. 20, tit. tit., frs. 17 y 19; Código, lib. 8, tit. 18, ley 1.—Código francés, art. 1251; italiano, 1253; español, 1210; argentino, 768; chileno, 1610; uruguayo, 1446 y 1472; venezolano, 1321; boliviano, 842; colombiano, 1668; mejicano, 2058; japonés, 500; suizo, 70, 110, 148, 505; chino, 312 y s.; alemán, 268, 281, 426, 774; portugués, 778 y 779; brasileiro, 985; peruano, 2234.

La subrogación se caracteriza porque existiendo una determinada deuda, ésta es pagada por persona distinta de la principal y directamente obligada, naciendo para dicha persona que realiza el pago, el derecho de exigir del deudor una prestación igual a la satisfecha. La posibilidad de ese pago por tercero resulta de la autorización de la ley en general en tal sentido (art. 1235); y el derecho nacido en favor del tercero se legitima por un principio de fundamental justicia, de que nadie debe enriquecerse sin causa, y tal enriquecimiento se produciría en favor del deudor y en daño del tercero, si éste no tuviera tal derecho de exigir de aquel una deuda igual a la pagada. De aquí que la subrogación no se compadezca con un pago efectuado por espíritu de liberalidad.

La subrogación, pues, se distingue del pago, propiamente porque el efecto de éste es extinguir la obligación; pero este resultado no sobreviene salvo cuando el pago es hecho por el deudor mismo. Mas, si el pago es hecho por otra persona, por un tercero en vez del deudor, la satisfacción obtenida por el acreedor pagado no implica al propio tiempo la liberación del deudor (sal-

vo el caso de 'pago de tercero, *animo donandi*), debido a que el *solvens* tendría una acción incidente contra aquel. No se ha producido, así, otra cosa que un cambio en cuanto al acreedor. "El hecho del pago—escribe Planiol et Rippert—por cuenta de otro, hace nacer en la persona que lo ha efectuado una acción especial, que es la de mandato o la acción de gestión de negocios, según que el deudor haya pagado a invitación del deudor o que haya obrado espontáneamente para liberarlo de un acreedor que lo presionara. Se podría suponer también que sin pagar directamente al acreedor, el tercero ha hecho remisión de fondos al deudor, para que efectúe el pago; en cuya caso él ha efectuado un préstamo de dinero, y por lo mismo es la acción derivada de ese contrato la que le corresponde. Esta acción es personal del tercero que paga; nace directamente en su patrimonio y es puramente quirografaria. El tercero se encuentra, pues, expuesto en cuanto a su recurso contra el deudor, a todos los riesgos de la insolvencia".

La utilidad de la subrogación se comprende sin mayor esfuerzo. Ella es ventajosa para el subrogado, es decir, para el tercero que efectúa el pago. Mediante la misma queda asegurado el reembolso de lo que pagó, de una manera mucho más eficaz que gracias a la mera acción quirografaria nacida en su favor por el simple hecho del pago: la primitiva deuda puede tener determinados privilegios y seguridades de que carecería la nueva deuda, recién surgida con el pago por el tercero.

También la subrogación es institución ventajosa para el acreedor. Abre una nueva posibilidad para verse satisfecho en su crédito, por el tercero que puede verificar la *solutio* cuando no estaba acaso el deudor en condiciones de hacerla. También es ventajosa para el deudor, que puede frente al subrogado encontrar esperas, prórroga en cuanto a la exigibilidad de la obligación. Y de otro lado, la subrogación, que de tal suerte puede ser beneficiosa para todos, para el primitivo deudor y para el primitivo acreedor y para el *solvens*, no hiere intereses y derechos de terceras personas. La situación de éstas en cuanto estén vinculadas con la deuda de que se trata (coobligado, fiadores), permanece idéntica.

Así explicada lógicamente la razón de ser de la subrogación, carece de utilidad y es hasta inconveniente afanarse en dar

subrogante

otra fundamentación a ella. De los sistemas ideados con tal propósito, ninguno resiste frente a un análisis riguroso. El que sustenta que con la subrogación sólo hay transmisión, en favor del tercero de los accesorios del crédito pagado, pero no del crédito mismo, no es sostenible; pues lo accesorio no puede existir ni por lo tanto transmitirse, independientemente de lo principal. El que propugna que la subrogación implica una cesión de créditos, tampoco es aceptable, en mérito a que son constatables notables diferencias entre una y otra figura. Y el que establece que se trata de una ficción jurídica, ofrece la irreductible objeción de hacer intervenir un elemento extraño a la realidad jurídica, cayendo en la contradicción de reputar que una deuda que se extingue, sin embargo subsiste en favor del tercero, que ha hecho el pago.

La subrogación puede ser legal (art. 1269) o convencional (art. 1270). La primera obra de pleno derecho en los casos establecidos por la ley, por el simple hecho del pago efectuado por el tercero, sin que previamente medie acuerdo alguno de este tercero con el acreedor o con el deudor. La subrogación convencional requiere ese acuerdo previo.

La diferencia entre ambas clases de subrogación también se destaca, en cuanto la convencional es admitida teniéndose en mira el legítimo interés del deudor, mientras que la legal es erigida en base a un principio de equidad e introducida principalmente en interés del que llevó a cabo el pago.

En lo que se refiere a la cesión de créditos difiere de la subrogación; 1.º) por su objeto, pues mientras el de esta última es la liberación del deudor, el de aquélla es la adquisición de un crédito; 2.º) la cesión tiene siempre un origen contractual; la subrogación puede tener un origen legal (art. 1270; 3.º) la primera puede tener un carácter oneroso o gratuito; la segunda siempre tiene un carácter oneroso; 4.º) en la cesión, el cedente que vende el crédito, debe al cesionario garantía de la existencia de dicho crédito; en la subrogación, el subrogante, el acreedor

pagado, no responde por tal concepto al subrogado, al tercero que ha efectuado el pago, pues a aquél no se le puede reputar como vendedor del crédito y en consecuencia no debe evicción; 5.º) como derivación de lo anterior, si el crédito no existe en el caso de cesión, el cesionario repite contra el cedente por el importe de lo pagado a éste, en virtud de la acción de garantía; en el caso de subrogación, el subrogado recobra lo pagado al subrogante, por la *condictio indebiti*; 6.º) el subrogado sólo puede reclamar del deudor la suma que ha pagado al subrogante (art. 1271); mientras que el cesionario tiene derecho a reclamar del cedido el importe total del crédito, cualquiera que haya sido el precio que haya pagado al cedente; 7.º) la cesión de créditos no se concibe sin el consentimiento del acreedor cedente, en tanto que la subrogación puede producirse en ciertos casos sin el consentimiento del acreedor pagado, del subrogante (artículo 1269 e inciso 2.º del art. 1270); 8.º) la cesión se considera producida desde la notificación al cedido o desde su aceptación; diversamente, la subrogación produce sus efectos desde el momento del pago, y es de pensar que a esta regla no se sustrae el caso del inciso 1.º del artículo 1270. (La anterior diferencia tiene utilidad en lo que se refiere a terceros, a los cuales el acreedor puede ceder sus derechos. Tratándose de la cesión, la preferencia entre dos cesionarios se establece por la fecha de la notificación al cedido o su aceptación; tratándose de la subrogación, es la fecha del pago por el subrogado con relación a la fecha de la cesión del crédito por el acreedor, la que determina la preferencia entre el subrogado y el cesionario del crédito cedido por el acreedor); 9.º) respecto a la cesión de créditos, el cesionario sólo tiene frente al deudor la acción del cedente que le ha cedido sus derechos; en la subrogación el subrogado, además de la acción del acreedor subrogante contra el deudor por el crédito que le ha pagado a aquél, tiene contra el deudor una acción personal de mandato, gestión de negocios o nacida de prestación efectuada al deudor, según los casos; 10.º) en caso de pago parcial del crédito por el subrogado al subrogante, en la concurrencia de créditos entre el uno y el otro contra el deudor, es preferido el último, por aplicación del principio *nemo contra se subrogasse consetur*, en tanto que tratándose de cesión parcial de crédito, cedente y cesionario concurren en igualdad de condiciones frente al cedido.

El artículo 1269 enfoca la subrogación legal, en los tres casos que forman los tres incisos de la disposición legal. Por tratarse de una enumeración y por el carácter propio de la figura, de derecho estricto, no cabe interpretación extensiva.

La subrogación, en los casos tenidos en cuenta, se produce de pleno derecho. Basta el hecho del pago. No se impetra formalidad alguna, ni otro trámite. Así, no es necesaria notificación al deudor o aceptación de éste. Una prudencia fácilmente comprensible aconseja, empero, poner el hecho del pago efectuado en favor del *accipiens*, en conocimiento del deudor. (Demolombe).

El primer caso a que concierne el artículo 1270 es del acreedor que paga a otro acreedor del deudor común, que le es preferente. El acreedor subrogado puede ser uno privilegiado o hipotecario o simplemente quirografario: la ley no impone ninguna calidad al respecto.

Lex non distinguit en este caso del art. 1269. Tampoco éste señala ninguna calidad especial en cuanto al acreedor pagado, esto es, que tenga una preferencia por razón de privilegio o hipoteca, como ocurre en el número 1251 del Código de Napoleón. Cualquiera que sea el importe del crédito del subrogado, es procedente el pago al subrogante con la consecuencia de la subrogación legal.

No es precisamente indispensable que el pago al acreedor preferente se haga por la totalidad del crédito, para que se produzca la subrogación legal. Naturalmente que a tenor de la regla del art. 1247, el acreedor puede rechazar un pago parcial por el tercero; pero si aceptara tal pago, la subrogación legal se produce por el importe del crédito pagado.

No es tampoco necesario que el tercero que efectúa el pago y el acreedor que es desinteresado, hayan tenido el mismo deudor personal. Sobre este particular Demolombe enjuicia lo siguiente: "Remusson parecía suponerlo así (que los dos acreedores lo fuesen en virtud de un mismo deudor). El intitulaba su capítulo cuarto con los siguientes términos: si el acreedor que paga a otro acreedor del mismo deudor queda subrogado de pleno derecho. Y en el número 23 de su capítulo parecía admitir, en efecto, que fuera preciso que los dos acreedores tuvieran un deu-

dor común. Como sea, esta condición no es necesaria dentro de nuestro Código. Poco importa que los dos acreedores no tengan el mismo deudor. Lo que es necesario, es que tengan la misma garantía, que se trate de una garantía común de sus créditos: . . . *eadem re duobus jure pignoris obligata* . . . (L. 8, Cod. *Qui pot. In pign*). Es el caso de un inmueble que ha sido hipotecado sucesivamente a diferentes acreedores por aquellos que han sido sucesivamente propietarios. Estos acreedores tienen deudores personales diferentes. Pero ellos tienen por garantía común el mismo inmueble, *eadem res*. Si uno de ellos paga a otro que le es preferencial, ¿podrá obtener la subrogación en sus derechos? Evidentemente que sí! Pues el motivo que ha hecho establecer esta subrogación, existe también en este caso. Semejantemente, en el caso que se trate de un acreedor quirografario del último propietario de un inmueble gravado con privilegios o hipotecas establecidos en favor de acreedores de propietarios anteriores, ¿por qué el acreedor quirografario del último propietario no podría obtener el beneficio de la subrogación legal, pagando a uno de los acreedores de los precedentes propietarios? (Compárese Larombiere, tomo 3, art. 1251, número 8)".

Como resulta de los términos precisos del art. 1269, es indispensable que el *solvens* sea acreedor del obligado, cuya deuda pague a otro acreedor del mismo deudor. De otro modo, no existiría subrogación legal, sino que la subrogación tendría que efectuarse convencionalmente.

Si el *accipiens* debe ser un acreedor preferente al *solvens*, no es necesario que este último demuestre la legitimidad de su interés en apartar al acreedor pagado; la subrogación se produce sólo en mérito de la circunstancia de que el crédito del acreedor pagado tenga preferencia sobre el crédito de aquel que hace el pago. De lo anterior resulta que no hay subrogación legal si se paga a un acreedor de igual o inferior jerarquía que el *solvens*.

¿Qué ocurre en caso que se pague a un acreedor cuyo crédito está garantido con prenda o anticresis?

Las interrogaciones proceden de los publicistas franceses. Con referencia al Código napoleónico se suscitan dudas sobre el particular, acerca del funcionamiento de pleno derecho de la subrogación, cuando el acreedor pagado tenía una garantía consis-

tente en una prenda o hipoteca. Y las hesitaciones posibles emanaban de que el artículo 1251, inciso 1.º, habla de la preferencia del acreedor "por razón de sus privilegios o hipotecas". Pero tratándose de nuestra ley no cabe que se infiltre la duda, toda vez que el inciso 1.º del artículo 1269 habla sencillamente del caso de que exista "otro acreedor que le es preferente". Tratándose de la prenda, por razón del carácter mismo que ostenta la figura, debe el acreedor remitir la cosa dada en prenda al acreedor, en favor del cual se verifica la subrogación. "Sobre este punto, escribe Laurent, no hay duda. La existencia del privilegio queda subordinada a la posesión de la prenda: el acreedor prendario que está en posesión de ella, en el momento en que un acreedor posterior le paga, ¿deberá remitir a éste la cosa que sirve de garantía? La afirmativa nos parece evidente: la ley confiere al acreedor posterior el privilegio; como el privilegio está vinculado a la posesión, la ley le da pues derecho a la posesión. Se objeta que el acreedor no puede desprenderse de la prenda sin el asentimiento del deudor a quien la cosa pertenece. Pero la objeción no tiene cuenta en lo absoluto de la subrogación legal; es la ley la que se la quita al acreedor prendario, de modo que el consentimiento del deudor es inútil, pues este consentimiento es en este caso forzoso; él no tiene el derecho de negarlo; ello sería atribuirle la facultad de colocarse en oposición con la ley".

Demolombe ha planteado otra cuestión. Si un vendedor demanda la resolución de la venta por falta de pago de precio, ¿podrá un acreedor del comprador, ofreciendo pagar el precio, pretender ser subrogado a la acción de resolución? Contesta que no, toda vez que lo que pretende no es substituirse al crédito del vendedor, sino adquirir con exclusión y en perjuicio del vendedor, la propiedad del bien.

El supuesto para que exista la subrogación atendida en el inciso 1.º del artículo 1269, es que la *solutio* haya sido total. Es preciso, desde luego, remarca Demolombe, que el pago comprenda todo lo que es debido al acreedor preferente, por capital e intereses, en razón de su privilegio o de su hipoteca (compárese L. 2 y 3 ff, y L. 5 Cód. Qui pot. in pign). Cuando menos así tiene que ser en caso que el acreedor preferente no consienta en recibir un pago parcial.

Esto no es sin embargo sino para un pago total, que aquél que quiere serle subrogado, puede descartarlo, a pesar suyo, y obtener la subrogación de pleno derecho (art. 1244).

Como la subrogación, en el caso que se analiza, sobreviene por el simple hecho de la *solutio* producida y por el orden diferente de preferencia entre uno y otro pretensor, no se requiere para nada del concurso de la voluntad del *solvens*; y si éste se negase a recibir el pago, procediendo el otro acreedor a hacer la consignación respectiva, llegaría a obtener el resultado indicado en el artículo 1269; salvo, como es lógico, que el acreedor a quien se ofreció el pago tuviese un interés serio y justificado en rechazar éste.

Puede ocurrir que un acreedor lo sea por varios créditos con el mismo deudor, y entonces se pregunta cómo deberá proceder el segundo acreedor del mismo deudor, que quiere subrogarse en los derechos del anterior acreedor, correspondientes a uno de esos créditos. ¿Debe pagar todos los créditos? ¿O basta con aquel en cuyos derechos pretende subrogarse? Pedro es deudor de Juan por dos obligaciones hipotecarias, una de primer rango y la otra de rango tercero, y también tiene Pedro una obligación hipotecaria en favor de Pablo, de segundo rango. ¿Pablo debe pagar a Juan tanto la primera deuda como la segunda obligación? ¿O sólo la primera? La tendencia prevaleciente es que al acreedor que se pague, se le debe pagar por todos los créditos que éste tiene.

El inciso segundo se refiere al pago efectuado por tercero interesado en el cumplimiento de la obligación.

El caso se presenta tratándose de codeudores por obligación solidaria, de correos por obligación indivisible, de un fiador que paga la deuda a que está obligado el fiado. Puede también incluirse el pago que efectúe el asegurador, el que efectúe el heredero beneficiario de deuda de la testamentaria, (fascículo 6; p. 180).

Cuando la ley habla de interés legítimo, supone que el *solvens* tenga en alguna forma el deber de pagar la prestación. De otra suerte, se estaría fuera de la comprensión del inciso 2.º del artículo 1269 o sólo cabría el funcionamiento de lo previsto en el inciso 3.º, en su caso. Así, si se trata de un pago hecho *animus donandi* o del verificado por un correo, por obligación conjunta, que no sea indivisible o solidaria, que ha pagado la deuda más allá de la parte que le corresponda; entonces, no cabe hablar de que se produzca la subrogación legal por incidencia de lo mandado en el inciso 2.º que ahora se comenta.

Como lo remarca Demolombe, la condición esencial para la subrogación en el caso considerado, es el pago de la deuda. Ese pago, en consecuencia, según la indicación del mismo autor, puede ser total o parcial, si la ley o la convención autoriza este último o si el acreedor lo aceptara, y en este supuesto la subrogación tendría lugar hasta la concurrencia de lo pagado. Sin embargo, el pensamiento del legislador nacional es que en todo caso, tratándose de subrogación legal, el pago debe ser total (fasc. 6.º; pag. 180). Esto sin embargo, está en oposición con lo que resulta de la última parte del art. 1271 y del art. 1273.

Cabe la pregunta de si lo dispuesto en el inciso 2.º del número 1269 es proyectable a otras causas extintivas de obligaciones distintas al pago. Hay quienes han respondido asertivamente. Pero ello sólo puede valer si se parte del presupuesto de que esas causas operen *in rem*. Pero no en función a nuestra ley, según se induce de los artículos 1204, 1205 y 1206. Resulta entonces que apenas la novación cae dentro del ámbito de la regla del inciso 2.º del numeral 1269; pero no la transacción, la compensación, la remisión, la confusión.

Un caso de aplicación de lo contemplado en el inc. 2.º, es cuando el adquiriente de un inmueble paga al acreedor un crédito hipotecario sobre tal inmueble.

En este caso el comprador de un inmueble, al pagar todo o parte del precio, a un acreedor con hipoteca sobre tal inmueble, se subroga en el derecho de dicho acreedor, con la hipoteca que le sirve de garantía. Resulta así teniendo una hipoteca sobre su propio bien. La utilidad de tal situación se presenta si el inmueble es objeto de remate, por acción de otro acreedor, distinto de aquel en cuyo derecho se subroga el comprador. Entonces tiene éste preferencia para el pago del importe del precio que entregó al acreedor desinteresado, sobre el crédito que cobra el nuevo

acreedor; preferencia que nace de haberse subrogado el comprador en el derecho del acreedor pagado. Como se comprende, la susodicha utilidad sólo es posible que tenga lugar si el acreedor subrogante tiene un crédito preferente sobre otro u otros acreedores con hipoteca sobre el inmueble materia de la compra.

La subrogación producida por efecto del pago al acreedor o acreedores desinteresados, transfiere su crédito o créditos no sólo con la hipoteca o hipotecas sobre el inmueble comprado que los garantizan, sino en general, con todas las garantías que correspondan a tal o tales créditos; así por ejemplo, otras hipotecas constituidas sobre estos inmuebles.

Si para desinteresar al acreedor subrogante el comprador ha pagado más del precio convenido para la compra del inmueble, la subrogación debe tener lugar por la totalidad del crédito pagado y no únicamente por la cantidad que representa el precio convenido.

La disposición legal debe extenderse al caso de una adquisición del inmueble a título gratuito, si el adquirente paga con dinero propio el crédito.

Dicha disposición no debe entenderse en sentido restrictivo, pertinente exclusivamente al caso de adquisición del pleno dominio de un inmueble. No hay inconveniente alguno de que sea eficaz para cualquier derecho real inmobiliario que sea susceptible de hipoteca.

La subrogación, por lo demás, tiene lugar sea que la compra se haya efectuado por convenio directo entre deudor y adquirente, sea que se haya producido por trámite judicial. En cualquier caso, es preciso para que la subrogación se produzca de pleno derecho, que la adquisición preceda al pago, pues el adquirente hace el pago al acreedor en su calidad de deudor del dueño del inmueble, por el precio de tal adquisición. De otra forma,

el adquirente no podría obtener más que una subrogación convencional.

El inciso tercero está inspirado en el proyecto de García Goyena (art. 1117, inc. 2.º) y guarda concordancia con los artículos 768 inc. 3.º del Código argentino; 1610, inc. 5.º del chileno; 1668, inc. 5.º del colombiano; 1446, inc. 5.º del uruguayo.

Conforme a estos Códigos, se produce la subrogación en caso de que el tercero no interesado efectúe el pago, consintiendo expresa o tácitamente el deudor, o ignorándolo éste. El inciso 3.º del art. 1269 no comprende este último caso. De este modo, siempre interviene el asentimiento del deudor. Parece así, de primera intención, que más que una subrogación legal, se está ante una subrogación convencional, conforme a lo previsto en el inciso 1.º del art. 1270. Sin embargo, la ley quiere que la subrogación convencional sea siempre expresa, y en consecuencia la subrogación no podría producirse en el caso de pago por tercero no interesado, con aprobación tácita del deudor. De otro lado, en la subrogación convencional precisa el consentimiento del acreedor.

En el caso del inciso 3.º del artículo 1269, la subrogación tiene lugar no por el hecho de la determinación de la voluntad en tal sentido, manifestada por la aprobación al pago, sino por el hecho del pago, como un medio que franquea la ley para facilitar el cumplimiento de las obligaciones, de acuerdo por lo demás con lo indicado en el apartado 1.º del art. 1235. La aprobación por el deudor no es un elemento causante de la subrogación misma, es meramente una circunstancia que debe acompañar al pago, para que éste sea capaz de causar subrogación; no debiendo por consecuencia admitirse la idea de García Goyena, de una presunción de pacto tácito de subrogación. Lo anterior es una verdad transparente en relación con nuestra ley civil, que indica como circunstancia necesaria la aprobación tácita o expresa del deudor; no admitiéndose la subrogación en el caso de que él mismo ignorase el hecho del pago.

Cuestión que debe dilucidarse es la de si la hipótesis del inciso 3.º del art. 1266 opera exclusivamente cuando el tercero haya efectuado el pago en nombre del deudor, o sea, no cuando lo haya efectuado en nombre propio, o si por el contrario, opera en uno y otro supuesto. Salvat ha tratado el punto con precisión y acierto.

Se ha sostenido lo primero, esto es que la subrogación que de fuera del caso de pago por tercero que hiciese éste en nombre propio; haciéndose ver al respecto que cuando el pago se verifique por el tercero en nombre del deudor, como ocurre si se trata de mandatario o gestor, dicho tercero obra entonces procurando beneficiar al deudor (por ejemplo, concediéndole esperas o quitas), y por eso es digna de consideración la situación de tercero, y ello explica así, el régimen instituido por el precepto legal. Pero cuando el *solvens* obra en nombre propio, tal consideración no se presenta. Se cita, para defender la distinción, la circunstancia que el Código francés consagra a la misma (art. 1236).

En contra de la distinción se remarca que si es cierto que el Código francés expresa ésta, ella no se presenta en otros cuerpos legales; entre los cuales se cuenta nuestro Código nacional; y por lo tanto cabe sancionar el principio de *lex non distinguit*. De otro lado, la determinación del Código francés vetando la subrogación cuando el tercero actúa en propio nombre, sólo concierne a la subrogación convencional. Además, las fuentes, es decir las leyes romanas y las Partidas, no establecieron distinción; la cual tampoco aparece del proyecto de García Goyena.

Estos argumentos aparecen así como convincentes. Dentro del inc. 3.º del art. 1269 cabe, pues, la subrogación así el tercero haya pagado en nombre propio.

Art. 1270.—“La subrogación convencional tiene lugar:

1.º—Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo substituye expresamente en sus derechos;

2.º—Cuando el deudor paga con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor. El deudor podrá hacer la subrogación

sin el consentimiento del acreedor, siempre que haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y expresando al tiempo de efectuar el pago la procedencia de la cantidad pagada''.

Referencias: Digesto, lib. 20, tit. 4, fr. 17; lib. 46, tit. 3, fr. 76; lib. 8, tit. 19, fr. 1. y 2; Código, lib. 8. tit. 43, ley 5; Códigos francés, art. 1250; italiano, 1252; español, 1211; portugués, 780; argentino, 769 y 770; chileno, 1611; uruguayo, 1470 y 1471; venezolano, 1320; boliviano, 841; japonés, 499; brasileiro, 986; mejicano, 2059.

La subrogación acordada por el acreedor no requiere la intervención del deudor, ni su concurrencia ni participación en el respectivo acto; pero esta participación no sería causal de nulidad del mismo. Por lo tanto, lo referente a la capacidad del deudor es indiferente en cuanto a la calificación de la validez del acto; el interés se concreta en la capacidad del acreedor y en la del tercero.

Además del acreedor, puede efectuar la subrogación todo aquel que pueda legítimamente recibir el pago; y así se pone el ejemplo de un usufructuario de una sucesión, que pudiendo recibir la *solutio* de un crédito perteneciente a aquella, puede subrogar en favor del tercero que haya realizado el pago. También, el derecho de subrogar corresponde al mandatario legal o convencional, según los límites de sus facultades.

En cuanto al *solvens* es de necesidad para que la subrogación se origine, que aquel sea extraño a la deuda, y que quiera liberar al deudor; de suerte que la figura es inadmisibile si se constata que aunque aparentemente el pago es realizado por el tercero, en verdad lo ha realizado con dinero del obligado.

La subrogación debe hacerse, según la indicación del inciso 1.º del art. 1270, expresamente. Este carácter expreso de la subrogación se justifica, en virtud de que el pago en principio extingue la obligación; la subrogación constituye una excepción y a este título es necesario que sea inequívocamente hecha por el acreedor. No precisa el empleo de fórmulas sacramentales; bas-

ta con que aparezca indubitable la voluntad del acreedor subrogante, de transmitir su derecho al acreedor subrogado.

La subrogación debe ser hecha antes o concomitante al pago; una vez verificado éste queda extinguida la obligación y en consecuencia no puede dar origen a un derecho, en favor del que efectuó el pago. No obstante, según la observación de Laurent, si la subrogación es posterior al pago, pero aquella recibe la aceptación del deudor, la misma no puede ser atacada por dicho deudor.

El inciso 1.º del artículo que analizamos no señala esta condición antes mencionada, que la subrogación sea concomitante al pago. Pero ello se impone necesariamente por las razones antes expuestas. En otras legislaciones sí se hace la indicación explícita. No cabe duda que ella es operante tratándose de la legislación nacional.

Mas, debe formularse una reserva respecto a la citada regla de la simultaneidad entre la subrogación y el pago. Es el caso de que el pago haya tenido lugar sólo a título provisorio, con reserva de una cancelación subrogatoria; entonces debe decidirse, como lo ha hecho la jurisprudencia francesa, que el pago debe reputarse como concomitante de la subrogación, siendo consecuentemente ésta válida. Como se trata de una situación convencional, el acreedor puede limitar los efectos de la subrogación, no transmitiendo al tercero por ejemplo, las garantías anexas a la obligación, o solamente algunas de ellas.

De otro modo, la subrogación comprenderá todos los derechos y acciones anexas al crédito de que se trata.

El inc. 2.º del art. 1270 respecta al segundo caso de subrogación convencional, la acordada por el deudor. En principio parece difícil de explicar la subrogación en este caso, pues perteneciendo el crédito al sujeto activo de la obligación, es de preguntarse cómo aún contra la voluntad de éste puede ser, por la mera decisión del deudor, transferir a tercero. No obstante, la figura es admitida por las ventajas prácticas, por la utilidad que comporta. En efecto, mediante ella el pretensor obtiene lo que se

le debe; el deudor obtiene un nuevo acreedor, tal vez con ventaja, pues puede concederle al nuevo acreedor quitas o esperas. Y en cuanto al tercero, el acreedor subrogado, desde que se aviene a la operación, no puede perjudicarle ésta.

Conforme al inc. 2.º del art. 1270, la subrogación consentida por el prestador y el tercero no requiere la intervención del acreedor. De considerarse la subrogación como una ficción jurídica, como cesión ficticia del derecho del acreedor, lo convenido por voluntad del deudor sin intervención del acreedor, no tiene explicación racional. Se demuestra así una vez más, que la subrogación constituye una institución con su propia autonomía.

Si el deudor también interviene en el acto de la subrogación, que se produzca dentro de las previsiones de la disposición legal que ahora se trata, ello en nada modifica el carácter de la misma; y no por tal intervención ha de reputarse que la subrogación se ha producido emanante del acreedor, sino siempre del deudor.

No importa que el pago efectuado con el dinero tomado en préstamo, no sea por el total de la deuda; en caso de pago parcial, la subrogación se efectuará por la cantidad pagada.

Se ha discutido entre los doctos, si la subrogación consentida por el deudor sólo procede en el caso de que los fondos recibidos y utilizados para el pago, sean procedentes de un préstamo. La mayoría de los autores que se han ocupado del punto, consienten en que la palabra préstamo usada por el legislador (art. 1250, inc. 2.º del Código Civil francés) admite un sentido lato; y así juzgan que puede producirse subrogación cuando el dinero ha sido dado al deudor a título distinto de préstamo propiamente dicho, por ejemplo a título de dote, con la estipulación de que será empleado para extinguir determinada deuda y bajo condición de subrogación.

En cuanto a las formalidades exigidas en la última parte del número 1270, ellas necesariamente han de presentarse con-

currentemente, para el efecto de que quede inequívocamente establecido el hecho de la subrogación y para el efecto de garantizar derechos de terceros. De aquí que como observa Demolombe, la subrogación sea, en tanto que ella se opera por el hecho del deudor, un contrato solemne. En consecuencia, si faltan algunas de las formalidades del art. 1270, su falta no puede ser reparada y el acto no puede ser objeto de confirmación.

Según el inc. 2.º del art. 1270, es indispensable la escritura pública, en cuanto ésta consigne el préstamo obtenido por el deudor subrogante del tercero subrogado, y se indique en ella el fin del préstamo: pagar al acreedor. No manifiesta la ley que se use de una formalidad determinada para dejar constancia en el acto del pago de la procedencia de la cantidad pagada, pues sólo dice que se exprese esta procedencia en dicho acto. La prueba de tal procedencia es una cuestión de hecho que queda librada a la apreciación judicial. La más común es que en la propia carta de pago se indique tal procedencia, conforme a lo que sobre el particular ordena el Código chileno.

Art. 1271.—“La subrogación substituye al subrogado en todos los derechos y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal, como contra los fiadores; pero el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que ha desembolsado para la liberación del deudor.

Art. 1272.—“La subrogación legal en provecho del que ha pagado una deuda a la cual está obligado con otros, lo autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la parte que corresponde al subrogado en la obligación”.

Referencias: Digesto, lib. 18, tit. 4, fr. 23; Código portugués, 781; español, 1212; argentino, 771; chileno, 1612; uruguayo, 1437; francés, 1249 y 1252; italiano, 1251 y 1254; venezolano, 1319 y 1323; brasileiro, 998.

El art 1271 declara cual es el efecto fundamental de la subrogación; y es de advertir que resulta ocioso agregar que la transmisión de todos los derechos y garantías tiene lugar tanto en lo que respecta al deudor principal como al fiador. "Este agregado—repara Salvat, refiriéndose al art. 771 del Código argentino, fuente del 1271 de nuestra legislación,—era innecesario: si la subrogación opera la transmisión de la totalidad de los derechos, es claro que en ella quedaban comprendidos tanto los derechos, acciones y garantías contra el deudor, como contra otros obligados. El Código al establecerlo expresamente, se ha inspirado en el texto del art. 1252 del Código Civil francés, que a su vez consagró expresamente la regla, en razón de que algunos juristas del antiguo derecho sostenían lo contrario; para evitar discusiones el Código Civil francés resolvió la cuestión, aceptando la opinión que predominaba en el derecho antiguo y que parece más en armonía con la naturaleza de la subrogación".

Por lo demás, lo ordenado en el precepto sobre la transmisión al subrogado de todos los derechos, acciones y garantías, concierne tanto al caso de subrogación legal como convencional. En consecuencia, si el crédito es por ejemplo privilegiado, del privilegio puede aprovecharse el tercero; este podrá en su caso, ejercer las acciones de rescisión o revocatoria que correspondían al subrogado; las hipotecas, prendas o fianzas se mantienen.

En lo que se refiere a la restricción, contenida en la última parte del art. 1271, ella se aplica no sólo a la subrogación legal y a la consentida por el deudor, sino también a la consentida por el acreedor; pues el Código no ha asimilado esta última a la cesión de créditos, como ocurre en otros Códigos, por ejemplo el argentino (art. 769), el brasileño (art. 987), el chileno (art. 1611). Es insostenible la opinión propuesta por Alvez, de que la limitación respecto al ejercicio de los derechos por el subrogado sólo ha de tener aplicación en caso de subrogación legal, debido a que la convencional es equiparable a la figura de la cesión de créditos, y aquí no se limita el derecho del concesionario al importe de lo desembolsado. Insostenible la opinión, ya que entre uno y otro instituto, la subrogación *ex conventione* y la cesión de créditos, no hay identidad.

La regla, por lo demás, contenida en dicha última parte del art. 1271 se explica fácilmente. "Desde muy antiguo— escribe Lafaille— el subrogado ha sido considerado como una persona que procedía desinteresadamente, que reemplazaba al acreedor,

pero sólo en la medida en que le hubiera beneficiado. La ley tiende a indemnizar a esta persona, al darle los medios más adecuados y más rápidos para que se reembolse; pero no permite que se beneficie, porque de ser así, la subrogación ya no tendría el alcance que le corresponde, y por su carácter lucrativo tal operación caería dentro de las normas de la cesión de créditos; pero, dado que las partes han revelado su voluntad en el sentido de realizar una subrogación, si se llegara a demostrar que no obstante las apariencias, el subrogado no había desembolsado la suma que figura, sino otra menor, es decir, que había una simulación parcial en cuanto a cantidad, el pagador estaría en la obligación de restituir el excedente o de limitar sus pretensiones a lo que real y verdaderamente hubiese desembolsado”.

En lo que se refiere al artículo se justifica, pues, que tratándose de que el *solvens* sea coobligado principal frente al acreedor por obligación solidaria o indivisible, en virtud del principio de la contribución que le impone en último término colaborar con su parte correspondiente a la satisfacción del crédito, no pueda exigir de sus codeudores sino las partes que a éstos correspondan, de acuerdo con dicho principio de contribución.

Art. 1273.—“Si el subrogado en lugar del acreedor lo hubiese sido sólo en parte, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor primitivo y la que corresponde al subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera”.

Referencias: Código francés, art. 1252, portugués, 782; chileno, 1612; español, 1213; alemán, 268; uruguayo, 1474; mejicano, 1594; boliviano, 843; colombiano, 1670; brasilero, 990; italiano, 1254; argentino, 772; japonés, 502.

El punto resuelto por el precepto es uno que ha dividido las opiniones doctrinales y aún ha originado disconformidad en las reglas formuladas por los códigos. La solución generalmente admitida es en el sentido de que concurriendo el primitivo acreedor y el tercero subrogado, aquel tenga preferencia sobre el último,

conforme al principio *nemo contra se subrogasse censeatur*. Esta solución es la que consagra el Código de Napoleón y la mayoría de los demás Códigos. El Código italiano, el argentino y el japonés deciden diferentemente, haciendo que el subrogante y el subrogado concurren en igualdad de condiciones. El Proyecto de Código de las obligaciones para Francia e Italia es del mismo parecer. El Proyecto de Código argentino opta por el sistema opuesto.

Pothier justificaba la preferencia del subrogante sobre el subrogado, expresando que "el acreedor que es pagado con los fondos de otra persona, no está obligado a subrogarle sino en tanto que la subrogación no pueda perjudicarlo". Es decir, se razona en el sentido de que un pago no puede acarrear perjuicio contra el acreedor, lo que ocurriría en caso que no se otorgara la preferencia al subrogante frente al subrogado; además de que con tal preferencia se facilita la producción de los pagos con subrogación, en cuanto el acreedor primitivo se sentirá más inclinado a concederla, sabiendo que su crédito, pagado en parte, tiene todas las probabilidades de ser satisfecho íntegramente con el patrimonio del deudor.

Pero no han faltado objeciones contra el sistema que apadrinase el *Code Civile*. En primer lugar, el sistema sólo puede favorecer la producción de los pagos en subrogación cuando ésta es *a parte creditoris*. En otro caso precisamente, tendría un efecto contrario. El *solvens* no se sentirá, las más de las veces, animado de hacer la operación, porque sabe que su derecho queda pospuesto frente al del *accipiens*. Colmet de Santerre hacía notar los resultados poco equitativos a que se desembocaba, por dejarse llevar del principio de *nemo contra se subrogasse censeatur*. Si A) es acreedor de B) por valor de 100 y C) paga el primero por valor de 50, más tarde, cuando se remate el patrimonio de B), resultando que aquel no importa un valor sino como 50, este último debe entregarse enteramente a A), mientras que el tercero no obtendrá nada. Más justo es que lo que se obtenga del deudor se divida proporcionalmente entre subrogante y subrogado.

De otro lado, entre los autores que critican en este punto el Código de Napoleón, Marcadé principalmente, hace notar que por la subrogación se trasmite al subrogado los mismos derechos que correspondían al acreedor primitivo, y de no haberse pactado expresamente ninguna preferencia en favor del subrogante, no hay

motivo racional para que la ley, contra la naturaleza idéntica de uno y otro derecho, confiera preferencia a uno de ellos, simplemente por una presunta interpretación de la voluntad de las partes.

Parece que las anteriores críticas son de sensible mérito intrínseco; y por eso es de opinarse que hay acierto en la solución adoptada en el art. 1273. El autor de la ley, doctor Olaechea, en la respectiva Exposición de Motivos, lucidamente expone: “al ocuparse de la subrogación parcial, el proyecto adopta la institución argentina. El Código argentino se separa del francés y de otros más modernos. Conforme a estos últimos, el acreedor que recibe un pago parcial puede cobrar con preferencia al subrogado el saldo que conservare a su favor. No descubrimos razón atendible para esta preferencia, que es contraria a la justicia, y por ello seguimos la institución argentina que establece la igualdad entre el subrogante y el subrogado”.

Art. 1274.—“El pago queda hecho cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial alguna cosa que no sea dinero, en sustitución de la que se le debía entregar o del hecho que se le debía prestar.”

Referencias: Institutas: lib. 3, 29; Código austriaco, art. 1414; argentino, 779; uruguayo, 1490; alemán, 364; brasileiro, 995.

El Código se preocupa de la dación en pago en los artículos 1274 a 1277. Se trata de la dación en pago propiamente dicha, es decir, de la voluntariamente producida por acuerdo *inter partis*, pues también en doctrina se conoce una *datio in solutum* de carácter necesario, que surge por mandato imperativo legal con prescindencia de la voluntad de pretensor o deudor. Y así, se enumera al respecto la ejecución forzosa, especialmente con la coyuntura de *indicalis adiudicátus*; el caso de *beneficium dationis in solutum*; la pérdida o deterioro de la cosa debida, en cuanto transforma la ejecución directa en indirecta, esto es, en la forma compensatoria de indemnización de daños y perjuicios; el abandono noxal.

Ahora se trata de la dación de pago convencional. Las partes, el sujeto activo y el pasivo de la relación obligacional, son libres para acordar que otra prestación se cumple en vez de la originariamente existente. Si, pues, en principio rige la regla de *aliud pro alio invito debitori solvi non potest*, no hay inconveniente para que el acreedor pueda consentir en aceptar otra cosa en cambio de la prestación que se le debe. En este caso de dación de pago, la obligación se extingue *ipso iure*, como ocurriría con un pago propiamente tal.

Las notas lógicas de la institución, de que ahora se trata son las siguientes: a) una prestación anterior, que se elimina ; b) una nueva prestación que se lleva a cabo *animo solvendi*; c) una diferencia cualquiera entre una y otra prestación, lo que va sobreentendido al mencionarse el hecho de que una nueva prestación se substituya a la primitiva; d) consentimiento y capacidad de las partes, acreedor y deudor; e) cumplimiento efectivo de la nueva prestación.

a) Nada tenemos que decir respecto a lo primero. Si no existe la primitiva prestación, la nueva prestación carecería de causa; lo prestado, en consecuencia, quedaría sujeto a repetición.

b) En cuanto a lo segundo, es también condición que va presupuesta en el concepto de la *datio in solutum*. Hemos de decir más adelante en qué puede consistir la nueva prestación. Que la nueva prestación se haga *animo solvendi*, es también evidente. Si el deudor entregara un objeto para que el deudor lo tuviese a su cuidado o bajo su custodia o para que constituyera una garantía, como sería el caso de una entrega de prenda o de una mercadería en consignación para que se vendiera por cuenta del deudor y se cobrara el acreedor con su producto, no habría dación de pago. (Lafaille).

c) El tercer requisito es igualmente de inmediata percepción, y como lo hemos anotado ya, resulta de los dos anteriormente indicados. Pero queremos observar que si la característica de *aliud pro alio* es consubstancial a la figura, no toda diferencia es bastante para imprimir fisonomía a la misma. Efectivamente, las diferencias que meramente consistan en el tiempo y en el lugar del pago, no son suficientes. Otras diferencias en cuanto a las cualidades substanciales o accidentales de la cosa debida o pres-

tada, se deberán apreciar como *questio facti*, para decidir hasta que punto importan un *datio in solutum*.

d) Se necesita el consentimiento y capacidad de las partes, tanto del deudor como del acreedor. Por eso los autores alemanes destacan que se trata de una verdadera convención, de un acuerdo bilateral. Sin éste no podría operar la figura; el acreedor no podría exigir cosa distinta de la debida del obligado, ni éste ofrecerla a aquél. Es sólo, pues, el consentimiento del deudor, sobre todo del acreedor, que permite que se pague con cosa diferente. *Tollitur omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel siquis, consentiente creditore, aliud pro alio solverit*, como se lee en las Institutas.

Estamos con aquellos que piensan que el acuerdo que substituye una prestación por otra, para significar una *datio in solutum* debe ser posterior al nacimiento de la obligación e independiente de ésta. De otro modo se confundiría la institución de que ahora se trata, con la que corresponde a una obligación facultativa. En esta, la posibilidad de la substitución existe originariamente, con el título de la obligación; y de otro lado, es un derecho que corresponde al deudor, de modo que no interviene para nada la aceptación del acreedor, en cuanto el deudor pague con la prestación que esta *in facultate solutionis*.

También por el anterior carácter, de un acuerdo posterior al nacimiento de la obligación, la dación en pago se distingue del caso propio de una obligación alternativa. En ésta todas las prestaciones, y por lo tanto también la elegida para ejecutarse, son debidas originariamente.

En lo que se refiere a la capacidad, por la misma naturaleza del negocio, se requiere en ambas partes no simplemente la capacidad para dar o recibir en pago, sino la capacidad para enajenar. Esto se relaciona, por lo demás, con lo previsto en el art. 1277.

e) Es de necesidad para que exista dación en pago, la ejecución misma de la nueva prestación. Por eso Staudinger habla de que se trata de un pacto de carácter real, que "recién se cumple con la ejecución de la nueva prestación". De esta suerte, si la nueva prestación consiste en una cosa, mueble o inmueble, debe darse esta cosa; si de un crédito, debe transmitirse este; si consiste en un hecho, debe procederse a verificar el servicio; si en una abstención, ésta debe cumplirse también.

Los requisitos anteriores de la dación en pago trasuntan del art. 1274 directa o indirectamente. El primero está presupuesto. El segundo resulta de los términos del precepto, cuando habla de que el acreedor reciba "como cancelación total o parcial", alguna cosa. Cancelar significa pagar. Pero lo *suigeneris* del artículo se halla en que habla de cancelación parcial. Mas, es este punto que trataremos con ocasión del art. 1278. El tercer requisito aparece también de la letra misma del precepto, cuando se refiere a que el acreedor reciba alguna cosa "en substitución" de la prestación en un principio debida. El cuarto requisito, si bien no consignado explícitamente, es indudable. El quinto y último requisito se comprueban, pues el dispositivo habla de que la dación en pago se produce cuando el acreedor "recibe" la nueva prestación. Pero nosotros queremos decir algo más respecto a la substitución de una prestación por otra.

Según la disposición legal, la prestación que se substituye puede consistir en una cosa o en un hecho; es decir, ser materia de una obligación *dandi* o *facendi*. También podrá consistir en una abstención, en una obligación de no hacer. En cuanto a la nueva prestación, de la interpretación literal resultaría que aquella sólo puede consistir en la entrega de una cosa, es decir, en una obligación de dar. Pero no. Si la dación en pago puede revestir la forma de *rem pro re* (y por consecuencia puede comprender el caso de *rem pro pecunia*) o de *rem pro facto*, también puede revestir la forma inversa de *factum pro re*, (y por lo mismo, *factum pro pecunia*) y de *factum pro facto*.

También el código argentino habla de que el acreedor reciba alguna cosa, pero se ha entendido flexiblemente lo indicado, conceptuándose que una obligación de hacer o no hacer pueden ser objeto de la substitución.

Por lo demás, hay que remarcar que no únicamente una cosa en sentido material, mueble o inmueble, puede ser objeto de la *datio in solutum*, sino también un derecho, por ejemplo un usufructo o un crédito existente contra tercero de que es titular el que efectúa la dación en pago (art. 1275). En este último supuesto, hay una *cessio in solutum*, que ha de ser distinguida de la *cessio solvendi causa*, porque en esta última la primitiva obligación sólo se extingue por la cobranza del crédito cedido y has-

ta donde él alcance o se cobre, mientras que en la primera la obligación primitiva se extingue totalmente y desde el momento que el crédito se cede en pago de aquélla.

Puede también la *datio in solutum* revestir la forma de una nueva obligación, asumida por el deudor en vez de pago; pero en este supuesto debe entenderse, salvo indicación en contrario, que la obligación no haya sido asumida *in solutum*, sino solo *pro solvendo*, de modo que la deuda primitiva únicamente se extinguirá cuando se cumpla con la nueva asumida. El acreedor entonces debe exigir con la debida diligencia, el crédito nuevo, con cuya satisfacción se extingue la obligación primitiva; de modo que si aquel no es satisfecho, puede el acreedor hacer valer la primitiva obligación existente en su favor; lo cual tiene importancia en cuanto aquella pueda tener fianzas o seguridades reales. (Ennecerus).

Una circunstancia de reparar con relación al artículo 1274, es que la nueva prestación no puede consistir en dinero. La misma prohibición se fija en el Código argentino (art. 779) y en el brasileño (art. 995).

En lo que se refiere a la disposición pertinente del Código argentino los comentaristas se ocupan de ella en general en forma desfavorable.

Salvat escribe: "En cuanto a la restricción que la cosa entregada no sea dinero, ella se refiere en nuestra opinión, al caso en que la prestación originaria consistiera ya en dinero y se introdujera algún cambio en la forma de pago; no habría en tal caso cambio de objeto debido y, por consiguiente, no podría tampoco haber pago por entrega de bienes. Pero si en substitución de una prestación de entregar una mercadería o de hacer un servicio, se entrega una suma de dinero, el pago por entrega de bienes existiría".

Colmo se expresa en base a idéntico criterio. Escribe: "Una persona debe una partida de azúcar o de vino, o un caballo, o un terreno, etc., o bien la construcción de un edificio o la ejecución de cualquier obra y en vez de lo adeudado entrega en pago una suma de dinero. ¿Por qué no se podría ver en ello una dación en pago? No se ve la razón en cuya virtud cupiera resolver diversamente. De ahí que en ningún autor se encuentre semejante distingo o limitación".

Lafaille se pronuncia así: "El Código parece exigir preceptos erróneos, como el del art. 779, que excluye de la dación en pago las entregas de dinero, y se refiere a "cosas" en un sentido distinto del que en realidad corresponde". El texto del número 729 del Proyecto argentino reza de este modo: "La obligación quedará extinguida cuando el acreedor aceptare en pago prestación diversa".

Conforme al artículo 1274 del Código nacional, lo que se de en pago ha de ser *alguna cosa que no sea dinero*. Podría pensarse, de acuerdo con las opiniones antes vertidas, que la disposición carece de fundamento jurídico, porque se puede entregar dinero en pago de una prestación que no consista en una suma de dinero; y que por consiguiente sería una verdadera dación en pago en el sentido general de la acepción. Si, por ejemplo, una persona se obliga a construir un edificio y en un momento dado se encuentra con que no puede ejecutar su prestación, nada le impide pactar con el acreedor que reciba a cambio una suma de dinero. Si voluntariamente la acepta y confiere el descargo, sería una verdadera dación en pago. El Código se ha desorientado con la entrega de bienes, sobre todo porque asimila absolutamente la operación, cuando se trata de la entrega de cosas a cambio de dinero, a la figura jurídica de la compra-venta. Pero del punto de vista técnico del derecho no se vé por que razón se va a hacer una distinción como la que hace el Código, según se trate de dinero o no. Siempre que se entregue una cosa o se entregue una prestación distinta de la estipulada, habrá dación en pago.

En el Anteproyecto de Bibiloni la exigencia de que la nueva prestación no pueda consistir en dinero queda descartada; y ella también ha sido eliminada en el Proyecto definitivo del Código Civil argentino (Art. 729). Al respecto en el respectivo informe se dice: "modificamos que la deuda en pago sea dinero, sin que propiamente quepa hacer distinción según que lo primitivamente debido sea dinero u otra cosa".

La interpretación que dan los comentaristas argentinos al texto del art. 779 del Código argentino, antes transcrito, me parece irremediabilmente arbitrario, pues es *contra legem*. Sólo se cohonestarían, pensando que el mandato legal es en si reprochable. Pero no pensamos así; creemos que la prohibición de que la nueva prestación no ha de consistir en dinero, es perfectamente

explicable, como lo demuestra Cornejo, cuya opinión al tratar el punto, suscribimos sin reservas. Dicho autor escribe: "Si la prestación originaria es de dar una cosa o de prestar un servicio (vale decir, si no es suma de dinero), al convenir el acreedor en recibir, en substitución de la cosa o servicio a que tiene derecho, una suma de dinero, la operación sale del campo de la *datio in solutum*; se trata de un caso en que el incumplimiento de la prestación se compensa con el pago de una indemnización en dinero, operación que acuerdan las partes al resolver la relación obligatoria con la misma facultad con que fijan de antemano la indemnización que debe pagarse en caso de incumplimiento mediante una cláusula penal. Se trata de un simple pago por equivalencia, que no entra dentro del concepto de la *datio in solutum*. La exigencia a que nos referimos nos parece, así, justificada".

Art. 1275.—"Si la cosa recibida en pago por el acreedor fuese un crédito se juzgará por las reglas de la cesión de créditos".

El precepto tiene sus antecedentes en el art. 780 del Código argentino; 1491, primera parte, del uruguayo; 997 del brasileño; y se relaciona íntimamente con el artículo siguiente, el 1276, del Código nacional.

Como consecuencia de la equiparación entre la dación de pago y la cesión de créditos, resulta que aquella debe ser notificada al deudor o debe ser aceptada por el mismo, para que sea obligatoria para el cesionario. (art. 1457) y que el *solvens* responde por la existencia del crédito (art. 1458).

Art. 1276.—"Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe la cosa en pago, sus relaciones con el deudor serán juzgadas por las reglas del contrato de compra-venta".

Referencias: Código argentino, art. 781; uruguayo, 1491; brasileño, 996.

Cuando lo que se recibe en pago es una cosa, mueble o inmueble, hay transferencia de propiedad de la misma. De aquí

que el negocio se deba juzgar hasta cierto punto, no de manera absoluta, por las reglas propias de la compra-venta. Y en efecto, es indudable el acierto de la regla consagrada. La situación es estimable como si el deudor vendiera a su acreedor la cosa que entrega mediante la *datio in solutum*, por un precio equivalente al monto de su deuda primitiva; el precio de la cosa entregada, a pagar por el *accipiens*, quedará compensado así con el monto de tal deuda, y el *accipiens* adquirirá la propiedad de la cosa entregada. De aquí, como se dijera desde el derecho justiniano, *dare in solutum est vendere*. El Código asimila una y otra institución, según lo que resulta del art. 1276. Pero lo que no es plausible, es que se diga en esta disposición que ha menester determinarse la cantidad por la cual el acreedor recibe la cosa en pago. Esto es una fórmula calcada del art. 781 del Código argentino. Dice Salvat: "¿Cuál es el alcance de las palabras *si se determinase el precio*? Aparentemente ellas parecerían establecer una distinción según que haya o no precio determinado: las reglas de la compra-venta se aplicarían en el primer caso, pero no en el segundo. Pensamos sin embargo que esta distinción es inadmisibles y que el artículo 781 debe ser aplicado, sea que exista precio expresamente determinado, sea que por no haberlo sido, éste debe considerarse tácitamente establecido, en los dos casos que pueden presentarse; 1.º cuando la obligación primitiva consistía en dar una suma de dinero; el importe de ella, de acuerdo con la doctrina tradicional, debe en tal caso ser considerado como el precio de la cosa dada en pago; 2.º, cuando la obligación primitiva consistía en entregar cualquier cosa o en una prestación de hacer o no hacer, debe admitirse que las partes han fijado como precio de la cosa dada en pago el valor mismo de la cosa o del hecho debido. La operación, dentro de las similitudes legales, tendría en el primer caso todos los caracteres de una permuta, regida ante todo por las reglas de la compra-venta".

Por su parte von Thur hace notar como es propio de la figura que se analiza, que el crédito se extingue sin consideración a que el objeto entregado corresponda o no en cuanto a su valor a la cuantía del crédito, de tal modo que si más tarde el valor cambia, el acreedor no podrá por ello exigir que se le complete ni quedará tampoco obligado a restituir la diferencia.

Fundamentalmente por el sometimiento de la operación al régimen de la compra-venta, el *solvens* queda sujeto a las consecuencias de la evicción y el saneamiento y de la imposición de cargas reales. Se desprende del anterior principio que, es preciso la capacidad para enajenar del deudor, el cual trasmite así la propiedad al acreedor *nisi aliter actum sit*. En cambio, no es de necesidad que la cosa pertenezca al *solvens*, toda vez que, como explica Giorgi, "consintiendo las partes, podría válidamente efectuarse también la *datio in solutum* prestando la cosa de un tercero. Nos lo enseñaron los antiguos tratadistas, indicando que el contrato sería válido sin perjuicio de los derechos del verdadero propietario".

Von Thur, por su parte, se refiere a este punto, escribiendo: "Caso de que el objeto entregado como dación en pago al acreedor le sea sustraído a este por un tercero con mejor derecho o resulte carecer de valor por vicios o defectos materiales, el acreedor podía en derecho común elegir entre reclamar nuevamente el cumplimiento del crédito (devolviendo el objeto recibido *in solutum*) o exigir el resarcimiento de daños por los vicios o defectos del objeto recibido como dación en pago. El Cod. civ. alemán, párrafo 365, considera el crédito como definitivamente cancelado y concede al acreedor, por los vicios o defectos jurídicos o materiales del objeto entregado *in solutum*, los derechos de un comprador, como si hubiese comprado el objeto por la suma de la deuda extinguida. (La *datio in solutum* no envuelve una verdadera compra, porque si bien el deudor entrega la cosa convenida con efecto liberatorio, el acreedor, en cambio, no puede reclamarla. O para decirlo en términos romanos, la cosa que ha de entregarse en concepto de pago no entra *in obligatione*, sino *in solutione*). Y esta es también la fórmula que, a falta de normas legales, creemos más preferible para el Código de las Obligaciones, sobre todo porque nos parece injusto que los fiadores o propietarios de cosas hipotecadas o dadas en prenda, exentos de responsabilidad *prima facie* por la *datio in solutum*, sigan respondiendo, caso de tener vicios o defectos la prestación. Y lo mismo deberá decirse cuando se demuestre inexistente el crédito cedido como dación en pago: el crédito que se trataba de extinguir, se cancela y el deudor responde por la cesión, a tenor del art. 171".

Si conforme al art. 1276 las reglas de la compra-venta deben aplicarse en la *datio in solutum*, cuando esta importe *rem*

pro pecunia y aun *rem pro re* (aunque más propio sería hablar en este caso de permuta), la asimilación empero entre ambas figuras no puede ser completa. Pothier señalaba la diferencia derivada del hecho de que no existiera la deuda primitiva en sustitución de la cual se operó la dación en pago. En tal caso la obligación del acreedor consistirá en devolver la misma cosa que recibió; mientras que si se tratara de venta, habiendo el deudor vendido la cosa, estipulándose que el precio de ella se compensará con la deuda a que él se suponía obligado en favor del comprador, no habrá lugar a repetición de la cosa vendida, pues la compra-venta subsiste, no es afectada por la ausencia de la deuda del vendedor en favor del acreedor; y al vendedor no le quedará otro derecho que el de exigir el pago del precio, pues tal pago no ha podido extinguirse, desde que no ha podido compensarse con una deuda que no existía.

Por inferencia de la disposición 1276, el *solvens* queda sujeto a la evicción y saneamiento respecto a la cosa dada en pago. (art. 1279).

Art. 1277.—“Los representantes legales y los mandatarios necesitan autorización para aceptar pagos por entrega de bienes”.

La disposición se relaciona con el art. 782 del Código argentino. Pero la disposición del Código peruano supera a la del argentino, es decir, corrige un error en este último visible. Este se halla redactado así: “Los representantes del acreedor, sean necesarios o voluntarios, no están autorizados para aceptar pagos por entrega de bienes”. Ahora bien, los comentaristas han hecho notar que tal como está redactado el art. 782 del Código de su país, no expresa precisamente el pensamiento del legislador. No se pretende prohibir en lo absoluto que los representantes necesarios o convencionales puedan aceptar pagar por medio de dación de bienes. Lo que desea es que la facultad para ello conste en forma especial; lo que se explica por qué entonces puede reputarse que existe una novación por cambio de objeto, para lo cual se requiere que el apoderado tenga poder especial (art. 806).

Art. 1278.—“El pago total extingue la obligación íntegramente. El pago parcial aceptado, la extingue en la fracción equivalente a su cuantía. La obligación o la fracción de ésta, respectivamente extinguidas, no reviven por el acto rescisorio ni por la declaración convencional del acreedor y del deudor ni por la restitución que el primero hiciere al segundo de la cantidad pagada”.

Este artículo carece de antecedentes en otros cuerpos de leyes. Nosotros creemos que puede comprenderse su significación y razón de ser, poniéndolo en conjugación con el número 1274, también del Código nacional.

Se puede interpretar el art. 1278 en el sentido que se refiere a los efectos en general del pago. Así lo hace Cornejo. Nosotros discrepamos de este sentir. Creemos, más bien, que el artículo referido concierne especialmente al caso de pago por entrega de bienes. Y para pensar así invocamos dos razones: una referente a la indicación misma contenida en el precepto; otra deducida de la observación antes hecha, que al art. 1278 debe contemplársele en función del 1274.

En cuanto a lo primero, el artículo está colocado en la parte del título de pago reservada para la *datio in solutum*. (1274 a 1279).

Como los números 1274, 1275, 1276, 1277 y 1279 se ocupan determinativamente de tal figura, es ilógico suponer que se insertase dentro de ellos un número extraño a la materia, el 1278. Los efectos generales del pago están señalados en otros preceptos del título global que se ocupan de este medio extintivo. Si la intención del legislador hubiese sido que el citado precepto 1278 apunte a los efectos del pago, en sentido propio de éste, cuanto sea total o parcial, es de evidencia que se hubiera colocado como formando parte del contenido del número 1247, que trata de la indivisibilidad o divisibilidad del pago, o cuando menos, inmediatamente a continuación de este artículo.

En cuanto a la segunda razón, la vamos a exponer en seguida.

El texto del artículo 1274 habla de cancelación total o parcial. Cancelación que se produce por la recepción de la cosa que se da en pago. Parece que lo racional tratándose de la *datio*

in solutum, es que la cancelación de la primitiva obligación deba ser total, es decir, que la primitiva obligación deberá extinguirse definitiva y absolutamente. Es la hipótesis natural: se extingue la obligación por el hecho de la nueva prestación que se cumple. Empero, no hay inconveniente fundamental en aceptar el punto de vista planteado por el número 1274, de que con la nueva prestación se produzca sólo una cancelación parcial. En tales sucesos que por el resto subsistirá, pues, la obligación primitiva. Sólo que las partes deberán declarar expresamente tal circunstancia: que se trata únicamente de una cancelación parcial, porque esta circunstancia tiene que considerarse como excepcional, derogatoria del régimen ordinario de que la cancelación debe reputarse como total.

Por lo demás, claro está que el objeto debido como prestación original, debe ser susceptible de pago parcial, dinero u otro objeto divisible. De otro modo, sería imposible que funcionara la hipótesis legal. O es indispensable que se proceda a una valoración de lo debido originariamente y de lo recibido en pago, para computar cual es el monto de lo primero, que no queda extinguido.

Y bien, en caso de dación en pago que se haga de tal modo que no se extinga totalmente la obligación primitiva, es menester determinar el régimen legal a que queda sujeta la obligación así extinguida sólo parcialmente. A esto responde el precepto 1278, según nuestro parecer. El legislador creyó necesario elaborar un precepto como el citado, en vista de la innovación introducida en la disposición fundamental —1274—, referente a la *datio in solutum*, de la admisibilidad de un pago meramente parcial de la originaria prestación. En el primitivo Anteproyecto (artículo 233) se decía: “el pago queda hecho cuando el acreedor recibe voluntariamente como pago de la deuda alguna cosa que no sea dinero”. No se hablaba de cancelación, de pago parcial; el supuesto era la extinción total de la obligación sustituida. Pero ya en el Proyecto se modificó la fórmula, usándose la misma que ha venido a constituir el artículo 1274 del Código. Por eso se explica que en las discusiones del Anteproyecto no se encuentre traza alguna que pertenezca al actual artículo 1278 del Código. Es después de formulado el Proyecto que se debió ver la necesidad de incluir un precepto como es aquel a que se contrae tal artículo 1278.

Contra la interpretación que hacemos, en el sentido que el

artículo de que tratamos concierne al caso de una *datio in solutum* que importa un pago parcial de la antigua obligación, no creemos que puede oponerse válidamente alguna observación que arranque de la consideración de los términos literales en que está concebida la disposición. Esta habla en efecto, simplemente de pago, de pago total o pago parcial; no habla de pago por efecto de la dación de una cosa en cambio de la primitivamente debida. Además, la última parte del precepto, al declarar la extinción parcial y la imposibilidad de que reviva la parte pagada, habla de que ello no ocurrirá aunque se produzca la restitución por el acreedor al deudor de la "cantidad pagada". Esta expresión rigurosamente podría significar que se refiere a devolución de dinero. Pero entonces el precepto estaría considerando un supuesto que excluiría la posibilidad misma de la dación en pago, desde que el artículo 1274 no permite que la cosa que se da en pago sea dinero.

No obstante las dos anteriores atingencias que podría enfrentarse a nuestra interpretación, relativa a que el artículo 1278 no es sino un complemento del art. 1274, pensamos que ellas son supeditables.

La primera lo es, porque aunque el artículo 1278 únicamente habla de pago, total o parcial, es sin mayor esfuerzo comprensible que se quiere hacer referencia al pago mismo que se produce con la operación de la *datio in solutum*. Por eso el artículo 1274 expresa que "el pago queda hecho" etc. Ya después de la declaración formulada en el precepto básico, el 1274, relativo a que se produce un pago con la entrega de la nueva prestación, resultaba inútil explicar de nuevo, en el artículo 1278, que el pago de que aquí se habla es el producido en tal forma, por tal circunstancia. Solamente ha querido indicarse, complementando la regla del número 1274, ahora en el número 1278, cuales son los efectos de la dación en pago, según que esta haya comportado un pago total o parcial de la obligación primitiva.

En cuanto a lo segundo, reconocemos que la parte citada del precepto es de una formulación defectuosa. El pensamiento del legislador hubiera resultado más preciso, menos equívoco, si se hubiera dicho que no revivirá la fracción de la obligación primitiva, en caso de dación en pago que importe sólo cancelación parcial de tal obligación por los varios hechos detallados (en el art. 1278), "ni por la restitución que el primero (el acreedor) hiciera al segundo (al deudor) de lo recibido en pago".

Para acomodar los términos últimos del artículo comentado con lo previsto en el numeral 1274, es preciso entender la expresión "cantidad" como algo que no tiene por qué significar pecunia. Y en efecto, cantidad puede referirse a casos que no son dinero. Juan es deudor de Pedro de 600 kilos de carbón. Se produce una *datio in solutum*; pero con efecto parcial en cuanto a tal deuda: Pedro recibe de Juan 150 litros de vino. Y se especifica que así queda cancelada en parte la primitiva obligación; por ejemplo, resultando que Juan sólo resta deudor por 200 kilos de carbón. Después se pretende borrar el efecto producido por la dación en pago, en cuanto la obligación primitiva de Juan, de entregar 600 kilos de carbón, se redujo en 400 menos; y para que tal obligación resurja por su contenido primero, por 600 kilos, Pedro devuelve a Juan los 150 litros de vino que de éste recibiese. El precepto quiere excluir esta coyuntura: la obligación primitiva se ha extinguido definitivamente, en la parte que se consideró que estaba pagada con la entrega de la otra prestación dada en substitución.

Explicado de esta manera el sentido del art. 1278, como pertinente a la figura de la dación en pago, la justificación de la regla contenida en el mismo, es palmaria.

El efecto de la dación en pago es extinguir la prestación sustituida. Es lo normal. Si actúa como un pago parcial, dentro de la posibilidad en este sentido acogida por el Código nacional (art. 1274), la extinción de la obligación primitiva en la parte equivalente a su cuantía, como dice el precepto que ahora se analiza, ha de ser también definitiva.

No cabe retractación sobre este particular. *Qui decem debet, partem solvendo, in parte obligationis liberatur, et reliquiat quinque sola in obligatione remanet*, como se dice en el Digesto. Y como pago de que se trata, es un principio irrevocable. Se aplicará aquí la misma sistemática que en el caso del pago total, que opera como definitiva causa extintiva de la obligación: *obligatio semel extincta non reviviscit*. Por eso es que no solo no es admisible una revocación a *posteriori*, sino que tampoco lo es una reserva contra tal carácter del pago, al efectuarse éste. Se lee en Warner: "Si se trata de una reserva acerca de la exigencia de devolución, la cual reserva se haya efectuado para protegerse contra la

consecuencia vinculada por el artículo 814 con el conocimiento de la no culpa, entonces no se afecta el contenido de la prestación y el efecto consiguiente extintivo de la obligación. Aunque la reserva tenga el significado de una condición resolutoria, el pago tiene su efecto propio, como cumplimiento de la obligación, a pesar de la reserva”.

Por lo tanto, cualquier acuerdo hecho, tendente a dejar sin efecto la extinción de la obligación por el pago realizado, sea total o parcial, es sin validez. De allí, como advierte el artículo 1278, bien por acto rescisorio, por estipulación *contrario sensu*, por restitución de lo recibido, es inadmisibles tal consecuencia.

De esta suerte, todo acto o acuerdo en el antes indicado sentido, o será nulo o generará otras situaciones en las relaciones entre las partes; pero no hará revivir una obligación que se extinguió irremisiblemente.

Art. 1279.—“Si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa que recibió en pago, tendrá derecho para ser indemnizado como comprador, pero no revivirá en este caso la obligación primitiva”.

Referencias: Derecho romano, Código lit. 4, (de evictionibus) 8, 44; Digesto, lib. 46, tit. 3, fr. 46; lib. 13, tit. 7, fr. 24; Código argentino, art. 783; uruguayo, 1493; alemán, 365; brasileiro, 365.

Como debía resolverse la situación que se presentaba para el acreedor, cuando sufriese la reclamación de un tercero con derecho sobre la cosa dada en pago, dió origen a soluciones diversas en el derecho romano. La sentencia de Marciano se pronunció porque reviviese la obligación primitiva, de tal suerte que la *datio in solutum* se debía considerar como no producida. Marciano sostenía: “*Si quis aliam rem pro alia volenti solveri, et evista fueri res, nemet pristina obligatio. Et si pro parte fueri evista, tamen pro solid obligatio durat: nam non accepisset, re integra, creditor, nisi pro solidō eius fieret.*”

Pero Ulpiano tuvo otro veredicto, al sancionar que el acreedor tenía expedita la acción útil *ex emto* contra *el solvens*. Se lee también en el Código (L. 4, *devictionibus*, 8. 44, Antoninus) lo siguiente: *Si praedium tibi pro soluto atum aliis creditoribus fuerat obligatum causa pignoris mutata non est igitur si hoc jure fuerat evistum, utilis tibi actio contra debitorem competit nam ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet.*

Carece de interés seguir las vicisitudes de la controversia, arrancada de tales soluciones clásicas rivales; rememorar los esfuerzos de un Accurcio o de un Cujacio, para establecer distingos según los casos, y aplicar una y otra fórmula; y reparar en los civilistas de tiempos posteriores, entre ellos Pothier, que resolvieron dar al acreedor una elección entre una a otra posibilidad; la cual orientación empero quedó en los tiempos siguientes definitivamente desprestigiada y abandonada.

Los autores franceses en general se inclinan por la directiva de que la acción que incumbe al que sufre la evicción es la de garantía. Planiol y Ripert relatan así el estado de la cuestión: "Según la mayoría de los autores la oferta de dar a un acreedor una cosa en especie, como pago de lo que se le debe, implica, por parte del deudor, la intención de garantizar al acreedor contra una posible evicción, para el caso en que posteriormente resultara que el deudor no era propietario de la cosa entregada. De producirse la evicción, el acreedor podría ejercitar contra el deudor una verdadera acción de garantía, que le aseguraría, como un comprador vencido en evicción, aparte la restitución del precio, es decir, el importe de la deuda primitiva, los daños y perjuicios. Pero en esta materia, la teoría de la obligación de garantía ¿no es adicional a la regla según la cual cuando la dación queda sin efecto el acreedor conserva su acción primitiva que le atribuye simplemente el derecho de exigir lo que se le debía? Parece que a esto debería limitarse los efectos de la evicción: existe un acreedor que no ha sido pagado y nada más. En este sentido ¿no podría negarse también la intención de las partes?. El acreedor sólo ha consentido la extinción de su crédito con la condición de adquirir y conservar la propiedad de la cosa; si la condición no ha sido cumplida, sigue siendo acreedor como antes y tiene el derecho al pago normal. La objeción que cabe contra este sistema es que el acreedor debiera disponer igualmente de las garantías accesorias de su crédito; sin embargo, el art. 2038 consagra la solución contraria en cuanto a los fiadores y, por extensión, se aplica a todas las garan-

tías. Por eso los tratadistas se deciden generalmente en favor de la obligación de garantía”.

De los Códigos que se han ocupado del problema, el brasileño ha optado porque se restablezca la situación a su *pristino statu*; es decir, que renazca la obligación originaria, quedando sin efecto la liberación producida.

Carvalho de Mendosa —citado por Bevilaqua —justifica la tesis adoptada en los siguientes términos: “si la dación es una forma de pago, no se comprende que éste se pueda hacer de otro modo que no sea liberando al deudor y satisfaciendo plenamente los intereses del acreedor. Así, si lo que el deudor prestó no era suyo, no se puede percibir de que modo pueda quedar liberado. De otro lado, si el acreedor puede ser incomodado por acción de tercero, si aquello que recibió como una prestación que le era debida, deja de serlo, ¿a qué quedará reducido su derecho creditorio?”.

Pero es el criterio que confiere al acreedor la acción de garantía, el que tiende a imponerse en las legislaciones modernas. Así ocurre en los Códigos argentino, uruguayo y alemán. Con referencia a este último, es pertinente rememorar que los pandectitas teutones, entre otros los insignes Dernburg y Windscheid, eran en general del parecer que al acreedor debía corresponder el derecho de opción entre las dos acciones de que se ha venido hablando. Pero el Proyecto se pronunció porque la precedente era la acción de garantía con exclusión de la otra. Y así también lo consagra el Código alemán (art. 365). La misma tesis ha triunfado en el Código de Polonia (art. 207), en el Proyecto franco-italiano (art. 177), en el Proyecto argentino (art. 730).

Así, parece definirse netamente la corriente en favor de la ponencia de Ulpiano y en contra de la de Marciano. En el mismo sentido de ella marcha nuestro Código, con lo ordenado en el art. 1279. El autor del mismo ha explicado brillantemente las consideraciones que han pesado en su ánimo. Al respecto dice:

“Con referencia a la adjudicación en pago, el Proyecto resuelve que si el acreedor es vencido sobre la propiedad de la cosa, tendrá derecho en este caso para ser indemnizado como comprador, pero no revivirá la obligación primitiva. Son de evidente interés en apoyo de la solución preferida por el Proyecto los siguientes conceptos. Tradicionalmente se considera la adjudici-

cación en pago —dice el sabio profesor Planiol— como 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. Es así como presenta la adjudicación en pago el artículo 1243, según lo que sostuvo Pothier. Pero este punto de vista se abandona de día en día. Los autores modernos 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 de su ejecución, pero la rapidez con que se suceden estas operaciones no cambia en nada su naturaleza. En el mismo sentido se pronuncia Aubry et Rau. Esta idea es más lógica y satisfactoria al espíritu que la concepción tradicional y también más conforme a la tendencia actual que considera sobre todo el objeto de la obligación; lo que da a una deuda su fisonomía y su individualidad es la naturaleza y cantidad de la cosa debida; eso es lo que permite reconocerla; las personas que intervienen ligadas por el rol de deudores o acreedores, pueden desaparecer y ser reemplazadas por otras, sin que la obligación se altere; consideradas activa y pasivamente, la acreencia y la deuda son igualmente cedibles. 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 ellos, una novación implícita". Y agrega: "el partido que se tome es indiferente desde el punto de vista práctico. Implicando la adjudicación en pago una novación seguida de ejecución inmediata, todo se ha concluido entre las partes; pero el interés aparece si se supone que el acreedor es perturbado en la posesión de la cosa que recibió en pago. En esta hipótesis las opiniones se separan: conforme a la opinión tradicional, debe admitirse que el acreedor eviccionado no fué efectivamente pagado y por consiguiente mantiene su acción primitiva que revive con todas sus garantías y accesorios; según la teoría moderna, se decide que la primitiva acción quedó extinguida por la novación operada y que el acreedor tiene el derecho únicamente a ser indemnizado como comprador por la evicción que ha sufrido".

A mayor abundamiento, la actitud asumida por el art. 1279 guarda correlación, en términos generales, con la sistemática del Código correspondiente a este instituto de la dación en pago. Así aparece teniéndose en cuenta lo prescrito en los artículos 1275 y 1276, que asimilan la dación en pago a la cesión de crédito, cuando aquella consista en un *nomen iuris pro re, pro pecunia, o pro facto*, y a la compra-venta si consiste en un *rem pro pecunia, o pro facto*. Así aparece igualmente recordando lo ordenado en el art. 1278, que impone la norma de *in perpetuum sublata obligatio restitui non potest*.

Para concluir con el asunto apenas queremos agregar una observación, sencillísima por lo demás; cual es que por la naturaleza misma de la acción de garantía, sólo puede actuar la disposición legal cuando lo entregado en pago es una cosa o un crédito.

Además, no es superabundante decir que la disposición legal que ahora nos interesa, es simplemente de carácter supletorio. Podrían las partes convenir que en el caso de evicción el acreedor tenga derecho a demandar al deudor por la obligación primitiva, renunciando a la acción *ex emto* (Staudinger).

De otro lado, hoy no se discute que el derecho que corresponde al acreedor, al amparo de una regla como la instituida en el número 1278, rige así se trate del supuesto de que un tercero haya hecho la entrega de la cosa como dación en pago, por la obligación del deudor. No hay ninguna objeción a esta operación, ya que en general puede efectuarse por tercero. Staudinger trata el punto así: "El derecho a la garantía comprende también al acreedor, aun cuando no al deudor por sí mismo, sino un tercero, haya hecho la dación en pago. Aquí se origina la cuestión, no solucionada por la ley, acerca de quien ha de prestar garantía en este caso, si el tercero o el deudor, toda vez que la aceptación en sustitución depende del querer del acreedor, y este último, a pesar de la oposición del deudor, puede aceptar la dación en pago. De este modo, puede la garantía prestarse no por el deudor sino sólo por el tercero. Caso contrario debería estar fundada la responsabilidad del deudor en virtud de la prestación del tercero, de acuerdo con las circunstancias del caso. En el supuesto que el deudor asuma para con el acreedor una nueva obligación en da-

ción en pago, no queda afectado este hecho por el artículo 365; el deudor es responsable, en esta hipótesis por la nueva obligación, según las reglas generales”.

Art. 1280.—“El que por error de hecho o de derecho entregase a otro alguna cosa o cantidad en pago, puede repetirla del que la recibió”.

Referencias: Institutas: lib. 3. tit. 27; párrafo 6; Digesto, lib. 12, tit. 6 fr. 66, lib. 12 tit. 7, fr. 3; lib. 25, tit. 2, fr. 25; lib. 46, tit. 1; fr. 15; lib. 50, tit. 17 fr. 206; Código francés, artículos 1235, 1376 y 1377; italiano, 1145; alemán, 813; austriaco, 1431 y 1435; español, 1895; suízo, 63, portugués, 758, 784; mejicano, 1883; uruguayo, 1312; venezolano 1211; peruano, 2119; austriaco, 1431; japonés, 703 y 704; brasilero, 964; argentino, 784 y 795; turco, 61; polaco, 128.

Tratando del pago de lo indebido, prescribe el art. 1280 que quien por error de hecho o de derecho se creyó deudor y efectúa un pago, tiene derecho a repetir contra el *accipiens*. Se requiere, pues, que el *solvens* haya efectuado el pago, siendo él indebido, y que haya habido error en cuanto a la obligación de efectuarlo. Tales son las tres condiciones para que proceda la repetición.

El término pago debe entenderse en sentido amplio, como comprensivo de cualquier prestación. No creemos que sea obstáculo a lo anterior, la circunstancia de que el precepto habla del caso de que se “entregase a otro alguna cosa o cantidad”. El precepto sólo ve el mas común; pero no hay razón para interpretar la regla *strictu sensu*. Así lo impone el sentido racional de la institución. No vemos razón para una interpretación restrictiva como a veces se ha propugnado.

La cuestión ha merecido ser contemplada por los comentaristas argentinos, quienes consideran que aun cuando el art. 784 (del Código argentino) habla del caso de que “se entregase alguna cantidad” (es decir, los mismos términos que los usados en el número 1280 del Código nacional), empero debe entender-

se que "la palabra pago se toma aquí en un sentido amplio, comprendiéndose en ella toda clase de prestación destinada a cumplir o ejecutar una obligación; se comprende igualmente el caso de haberse contraído obligaciones u otorgado liberaciones por error (art. 796 a 798). En el derecho romano, según algunos autores, se llegaba a aplicar la *condictio indebiti* hasta para obtener la rescisión de una convención celebrada por error". (Salvat).

Si se trata de un pago que recaiga en obligaciones de hacer o de no hacer, como la restitución no puede funcionar, deberá indemnizarse al *solvens* según el valor del servicio prestado o de la abstención, más daños y perjuicios si la otra parte hubiese procedido con mala fé.

Existe pago indebido cuando él adolece de falta de causa. Ello puede ocurrir: 1.º por inexistencia de la deuda (*indebitum ex re*); 2.º cuando el pago se efectúa por aquel que no estaba obligado o en favor de quien no era el acreedor (*indebitum ex personis*).

El *indebitum ex re* puede presentarse en diferentes manifestaciones. La obligación puede no haber llegado a surgir por defectos propios, intrínsecos, o puede devenir ineficaz *ope exceptionis*. Si el pago se ha efectuado *ex causa indicata*, discútese sobre si debe proceder la repetición por pago indebido. Se opone a ello el faltar la condición previa y propia, de que el pago se ha hecho voluntariamente. La *condictio indebiti* no podrá, pues, obrar. Pero siempre tendrá el *solvens* expedita la acción *in rem verso* para obtener la restitución.

El *indebitum ex re* se puede presentar también cuando se efectúa el pago en lugar distinto de aquel en que debió hacerse; el mayor gasto que ello haya ocasionado al deudor podrá repetirse. Igualmente cuando se ha pagado mayor cantidad de la debida; lo que comprende el caso de que el pago se haya hecho sin alguna deducción o retención a que tuviera derecho el prestador. También en el caso de entrega de diferente cosa a la debida; siempre, desde luego, que proceda el deudor por error, pues de otro modo habrá dación en pago. E igualmente en el caso de

obligación alternativa, si se pagan todas las cosas por el supuesto equivocado de que todas se debían conjuntamente, o si correspondiendo en tal obligación alternativa la elección al deudor, pagase la que eligió el acreedor, (siempre también que en este supuesto obre por error acerca de a quien correspondía la elección; de tal modo que el pago efectuado no importe la renuncia del deudor a su derecho a la elección). Y asimismo, en el caso de pago de una obligación bajo condición, antes que ésta se realice; hipótesis considerada especialmente en el art. 1106 apartado 2.º

En cuanto al *debitum ex personis*, decimos que él se presenta cuando el pago se efectuó por quien no era obligado o cuando se hizo en favor de quien no era titular del crédito. En cuanto a lo último, es útil recordar que únicamente el pago efectuado al acreedor o a quien lo represente es válido; de otro modo, salvo que aprovechara al acreedor o este lo ratificara, no extingue la obligación (art. 1238), y de consiguiente él debe ser repetible. En cuanto a lo primero, la repetición sólo tiene lugar cuando el pago se haya efectuado por el *solvens* en su propio nombre, sin hallarse obligado ni como deudor directo ni como deudor indirecto; no tiene lugar cuando el pago se hizo a nombre del deudor, pues entonces la obligación de éste se extingue. Pero si el pago se hizo porque el *solvens* se creía obligado y como tal en nombre propio pagó, la repetición debe ser permitida. "No sería justo hacer gozar al acreedor el beneficio de un error por el que ha llegado casualmente a sus manos una suma del *solvens*, con manifiesto daño de éste, que no tenía obligación de pagarla; ni sería racional forzar al *solvens* mismo a contentarse con un recurso contra el deudor por quien hubiese pagado, que puede ser insolvente. De esta manera el peligro y el daño de la insolvencia del deudor vendrían sin razón a caer sobre él, cuando eran de cargo del acreedor". (Giorgi).

El pago para que sea restituible, es necesario que se haya efectuado por error por parte del *solvens*, que debe haber procedido con buena fé, realizando un acto voluntario y lícito. En cuanto al *accipiens*, es indiferente que se hallara o no en el error, pues no podría pretender en ningún caso enriquecerse, reteniendo lo que le fué pagado indebidamente. La buena o mala fé del

accipiens no tendrá más efecto que hacer variar la extensión de su responsabilidad de restitución.

Si se efectúa la prestación sin *ánimo solvendi*, no procederá la *conditio indebiti*, pues entonces el *solvens* efectuó un acto de liberalidad o cumplió con un deber de conciencia o encubrió tras el pago otra obligación distinta, no obrando de buena fé; no pudiendo demandarse la repetición. En caso de que el pagador hubiese obrado en la duda sobre la existencia de la obligación, se conceptúa que debe admitirse la *conditio indebiti*.

La no repetición en virtud de la carencia de error, es decir, por la circunstancia de que quien realizó el pago sabía que no estaba obligado, conocía este hecho, no es extendible al simple caso de que el *solvens* debiera conocer ese hecho; como lo hace notar la doctrina alemana.

Según el art. 1280 el error puede ser de derecho. Esto guarda correlación con el pensamiento del legislador al tratar acerca del error en general como vicio de la voluntad, en el sentido de que el *error iuris* pueda merecer la protección de la ley.

El derecho inglés no admite en principio, la repetición de lo pagado en virtud de un error de derecho, es decir, que en este punto ratifica que *ignorantia iuris non excusat*. "Pero este principio, acotan Sutton and Shannon, queda confinado a la ignorancia de una ley de carácter general, pero no se aplica en lo que se refiere a error en cuanto a derechos especiales".

Art. 1281.—"Queda exento de la obligación de restituir el que creyendo de buena fé que se hacía el pago por cuenta de su crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado de prescribir la acción, o abandonado las prendas o cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente, sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva".

Referencias: Digesto, lib. 12, tit. 6, fr. 16, párrafo 1; Código civil francés, art. 1377, 2.º al; italiano, art. 1146; español, 1899; argentino, 785; chileno, 2295; 2.º al; brasileiro, 969; mejicano, 1890.

La justificación del precepto no requiere mayor esfuerzo. Sería contrario a los legítimos intereses del acreedor, que restituyera lo pagado a él por el *solvens*, sin poder correlativamente exigir el pago del verdadero deudor, porque en la confianza de la validez del pago indebido inutilizó el título o dejó prescribir la acción, o porque carezca ya de las seguridades que garantizaran la deuda, por haberlas cancelado al recibir el pago.

Lo esencial, pues, para negar la repetición consiste en que la deuda que incumbe al verdadero obligado, resulta exenta de medio eficaz para que sea exigible o para que quede garantizada. No precisa interpretar el artículo por sus términos literales, sino por su significación fundamental. Si la deuda respecto a la cual se inutilizó el título o se dejó prescribir la acción, readquiere eficacia por la expedición de nuevo título o por el reconocimiento que haga el verdadero deudor, o si se renuevan las seguridades que la garantizaban, la excepción contenida en el artículo no tendría razón de ser.

Como indica el dispositivo, es preciso que al que cobra asista buena fé; es decir, que crea que el que le paga es su deudor y que en consecuencia le hace un pago legítimo, en su propio nombre.

La buena fé se aprecia con relación al momento del pago. Giorgi conceptúa que la repetición debe permitirse aún en el supuesto en que no habiendo mala fé en el acreedor, empero por imprudencia suya haya conminado al *solvens* al pago. La recomendación no parece plausible. El acreedor deberá quedar sujeto a la repetición frente al pagador y no tendrá un título eficaz que hacer valer contra su verdadero deudor o con las garantías pertinentes. Sufrirá, así, un perjuicio por causa de un mero error de su parte. Su situación frente al *solvens* es igual, ambos procediendo por error, y sin embargo la decisión legal sería favorable al *solvens*, contrariamente al principio general de que *in pari causa* debe mantenerse el estado de cosa existente. Sólo la mala fé del acreedor debe hacer que la repetición proceda, pues entonces la situación de aquel no puede merecer el amparo de la ley: *malitiis non est indulgendum*.

No teniendo el *solvens* acción contra el acreedor, a aquel le queda a salvo la acción de regreso contra el verdadero deudor y en su caso contra los fiadores de éste, en cuanto la acción estuviese viva. Así lo preceptúa el artículo 1281 en su parte final y así resultaría también de lo previsto en el art. 1235.

Tal acción, que no puede ser la *negotiorum gestorum*, debido a que el pagador procedió en nombre propio, se encuadra en general dentro de la de *in rem verso*, y se ejercitará en consecuencia por lo que importó el beneficio obtenido por el deudor con el hecho del pago y su respectiva liberación.

Art. 1282.—“La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo efectuado. También corre a su cargo la del error con que lo hizo, a menos que el demandado negase haber recibido la cosa que se le reclama. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió”.

Referencias: Digesto lib. 12, tit. 6, fr. 1; Código español, art. 1900; chileno, 2298; suizo, 63; brasilero, 965; mejicano, 1891 y 1892.

El ejercicio de la acción de repetición corresponde al *solvens* y es dirigida contra el *accipiens*, sea que el pago se haya hecho directamente por el primero o por otro como su mandatario, y sea que haya sido hecha directamente al segundo o a su mandatario.

El repetidor debe probar el hecho de la *solutio*. Debe en seguida probar que lo hizo sin existir *causa debendi* para ello, pues esta circunstancia es determinante para la procedencia de la *conditio indebiti*. Demostrado que no existía obligación de pago por el *solvens*, ¿debe probar además que procedió por falsa creencia en la existencia de tal obligación? Aquel puede, en efecto, haber conocido que no estaba obligado al pago y sin embargo haber procedido a él, animado de espíritu de liberalidad o por deber de conciencia o por otro motivo, que tuviera interés en ocultar; no pudiendo entonces demandar la repetición. Según el

art. 1282 corre a su cargo tal prueba: "también corre a su cargo —dice— la del error con que lo hizo". No parece que esta decisión sea recomendable. Probada la inexistencia de la *causa indebiti*, el error emerge como derivación natural de tal circunstancia; la presunción debería ser precisamente la contraria a la de la prescripción; debería presumirse no que no hubo error, sino que lo hubo; el peso de la prueba debería ser trasladado a cargo del accionado, para que acreditase que el pago se efectuó con liberalidad u otra causa que le exima de la repetición. Con el régimen del art. 1282, si el *solvens* no llega a probar el error con que procedió, no hay lugar a repetición. Dentro del régimen adverso, si el *accipens*, no prueba que el pago se debió a causa extraña a error debe restituir lo recibido. A lo menos en la mayoría de casos de pago indebido, se impone lógicamente la presunción de error de parte del prestador. Esto aparece claro en Demolombe cuando distingue dos hipótesis. En primer lugar analiza la correspondiente a que la inexistencia del *debitum* resulte de un medio, o como se dice, de una excepción perentoria, eliminante de toda causa jurídicamente suficiente de pago. Escribe: "tu has pagado, por ejemplo, mil francos a Pablo, para devolución de un préstamo por esta suma, que él había hecho a tu causante. Y posteriormente tú descubres el finiquito que Pablo ha dado a tu causante por esta suma, en el cual reconoce haber recibido de él el respectivo pago. Es claro que la prueba, ya bien de hecho o aún de derecho, en este caso será fácilmente admitida, a tal punto que se podría decir que ella es presumida, en el sentido que el demandante que haya presentado la prueba de tal excepción, habrá al mismo tiempo, presentado la prueba del error, por causa del cual él haya hecho tal prestación a título de pago. Para que esto no fuese así, precisaría presumir que él ha entendido efectuar no un pago, sino una donación. Y bien, de una parte el demandante por repetición ha declarado que él tenía la intención de extinguir una deuda y no de ejecutar una liberalidad; de otro lado, la liberalidad no se presume, especialmente en este orden de hechos. Es precisamente sobre este particular que el jurisconsulto Paulo decía con gran verdad: *Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facili suas pecunias jacte et in debitas effundat* (L. 25. ff. de Probationibus)".

La segunda hipótesis examina el caso de inexistencia de deuda resultante de una causa que no es excluyente de otra causal de pago, de suerte que la admisión de un tal medio habría po-

dido dejar subsistir la posibilidad de que se efectúe la prestación *alia causa solvendi*, como en el supuesto de satisfacer una obligación natural, un deber de conciencia o una deuda de honor. Escribe Demolombe: "tu has pagado después de haber llegado a tu mayoría una deuda contraída por tí durante tu minoría, o has pagado una deuda prescrita o una deuda de juego. No basta, sin embargo, probar que la deuda que tu has pagado no podía engendrar una acción civil. Lo que es menester probar es que el pago que has hecho, no ha sido determinado por la voluntad de satisfacer una obligación natural o un deber de conciencia o de honor, es decir, que no ha sido hecho por tí voluntariamente y con conocimiento de causa".

El artículo 1282 transporta el peso de la prueba al acreedor en caso que él mismo negare haber recibido la cosa que se le reclama, o sea, que el repetidor queda eximido de demostrar el error con que procedió, y el acreedor, si quiere librarse de la repetición, ha de probar que hubo una causal legítima para el pago. Laurent explica el alcance de la norma en los siguientes términos: "yo reclamo contra Pedro una suma de mil francos que pretendo haberle pagado indebidamente. Pedro niega haber recibido esta suma. Yo pruebo que se la he entregado. Con ello pruebo que he pagado lo que no debía y que he pagado por error. En efecto, al negar Pedro haber recibido los mil francos que realmente ha recibido, reconoce implícitamente que no había deuda, pues si hubiera habido una deuda en pago de la cual le hubieran sido remitidos los mil francos, no habría negado haber recibido esta suma. Queda pues probado por su declaración que él ha recibido los mil francos indebidamente. Resulta también así probado que los ha recibido sin causa, es decir, por consecuencia de un error de mi parte, toda vez que si yo hubiese pagado conscientemente mil francos sin deberlos, habría hecho una liberalidad a Pedro, y Pedro aceptando estos mil francos habría tenido una donación manual y, él no habría negado haber recibido los mil francos si los hubiera recibido a título de donación. Por tanto, su negativa y la prueba en contrario que yo hago, establecen que Pedro ha recibido los mil francos sin que existiese deuda ni liberalidad; en consecuencia, yo no tengo nada más que probar y Pedro debe restituir los mil francos a menos que no pruebe, después de haber negado recibirlos, que tenía una causa justa para obtenerlos. O sea, que la prueba viene a recaer sobre él".

Art. 1283.—“El que acepta un pago indebido, si hubiere procedido de mala fé, deberá abonar el interés legal cuando se trata de capitales, y los frutos recibidos o que ha debido percibir, cuando la cosa recibida los produjera, desde la fecha del pago indebido.

Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre.

No se presentará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas, hallándose en poder del que las entregó”.

Art. 1284.—“El que de buena fé hubiera aceptado un pago indebido de cosas ciertas y determinadas, sólo responderá de la desmejora o pérdida de ésta, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido.

Si la hubiere enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.

Si la cosa ha pasado a un tercero por título gratuito, puede recabarla el que pagó indebidamente”.

Referencias: Digesto, lib. 12, tit. 6, frs. 7, 15, 26, párrafo 2; 65, párrafo 5; lib. 13, tit. 1, fr. 8, párrafo 2 y 18; Código, lib. 4, tit. 5, ley 1, in fine; Código francés, arts. 1378-1381; italiano, 1148 y 1149; español, 1896-1898; portugués, 758; alemán, 818-819; suizo, 64 y 65; argentino, 786-787; chileno, 2300 a 2303; boliviano, 962 y 964; venezolano, 1213 y 1216; brasileiro, 966; peruano, 2120-2122; suizo, 64; turco, 63-64; chino, 181 y s.; mejicano, 1882, apartado 2.º; 1884 a 1889; polaco, 133.

La *condictio indebiti* tiene por finalidad la restitución de la misma cosa pagada y en caso de que ello no sea posible, la restitución de su equivalente.

Tal obligación adquiere diferente extensión según que el *accipiens* haya actuado de buena o mala fé; esto es, según que no supiera o que supiera que el pago que se le hacía era indebido.

Con respecto a los intereses y frutos, el *accipiens* deberá abonarlos, si obró de mala fé, y tal obligación le incumbe desde el

momento en que ocurrió el pago; por el contrario, si tuvo buena fé no los debe sino a partir de la citación con la demanda; esto es, que debe los pendientes, pero no los obtenidos antes. El Código preceptúa expresamente lo primero en su art. 1283, al. 1.º, y lo segundo deriva del juego de las reglas generales. Se comprende la razón de tal diferente tratamiento. La mala fé hace por ella misma considerar que se está en mora: *fur semper est in mora*; y de consiguiente, se deben desde ese momento, que en el caso tratado es el de la recepción del pago, los intereses y los frutos. Los primeros se deben invariablemente, pues corren por ley, (art. 1324); los segundos cuando la cosa sea, claro está, fructífera; pero es de remarcar que se responde no sólo por los percibidos, sino también por aquellos que el que aceptó el pago ha dejado de percibir por descuido u otra falta; "que ha debido percibir", como dice el art. 1283.

En cuanto se refiere a los deterioros y pérdida de la cosa — en lo que respecta al caso de restitución de cosa cierta—, los soporta el *solvens* o el *accipiens*, según que este último hubiese procedido de buena o mala fé. Basta sobre este punto aplicar los principios generales sobre la prestación del riesgo y el peligro, apreciando la situación del *accipiens* como la de un poseedor putativo o como la de uno de mala fé. En esta última hipótesis, considerándose que se halla en mora, él responderá de los deterioros y de la pérdida aunque sobrevengan por caso fortuito o por fuerza mayor, pues *mora perpetuat obligationem*. Por aplicación de la regla que sobre este particular rige con referencia a la mora (art. 1256), no se prestará el caso fortuito si se probase que él habría producido el mismo efecto de hallarse la cosa en poder del demandante. El art. 1283, al. 2.º, resuelve en la forma indicada lo referente al supuesto de mala fé. En cuanto al supuesto de buena fé, no se responde por las desmejoras o pérdidas, sin más excepción que la concerniente al enriquecimiento obtenido.

Esta última regla, que se halla indicada en el art. 1897 del Código español, ya era consagrada por el derecho romano, y su valor resulta de reflexionar que no sería de equidad imponer al *solvens* el riesgo y el peligro, sin compensarle eventualmente con los beneficios que obtendría el *accipiens*, que así se enriquecería injustamente. La regla, por lo demás, guarda relación fundamental con lo dispuesto en el art. 1327.

Los aumentos fortuitos que tenga la cosa corresponderán al accionante, siendo indiferente sobre este punto la buena o mala fé del adversario. El Anteproyecto se refería al caso de las accesiones; pero en forma inconveniente. Sólo las trataba en relación al demandado de buena fé, restringiendo en este caso la restitución a lo que por ellas se hubiese enriquecido. Derivando las accesiones como cualesquiera otros aumentos fortuitos, de hecho extraño a las partes, deben ellas corresponder al que viene a adquirir la cosa; lo que ya se hallaba resuelto en tal forma por el derecho romano, coincidiendo en ello los autores que se han ocupado del punto.

En lo que se refiere a las mejoras y gastos, la solución debe remitirse a lo previsto en relación a la posesión (art. 835-6).

La situación de buena o mala fé del accionado tiene también interés en lo que respecta a la cosa que debe ser restituida, sea que se trate de restitución *in natura* o por su equivalente, en el supuesto de que el valor de la cosa haya variado desde el momento del pago indebido hasta el momento de la restitución. Giorgi juzga que en caso de buena fé debe hacerse la restitución por el valor de la cosa en el momento del pago indebido, y que en el de mala fé el repetidor puede exigir el mayor valor que la cosa pudo tener *medio tempore*. Sin embargo, si las variaciones en el valor de la cosa, desde el momento del pago indebido hasta su restitución, se han debido a hechos fortuitos, como ocurre en la cuestión tratada, ellos comportan mejoras o deterioros de la cosa, que deben regirse por lo que antes se ha expresado a este respecto.

¿*Quid* si habiéndose recibido el pago de buena fé, esta faltara posteriormente?. Existiendo discrepancias sobre el particular, debe optarse por la solución que parece más ajustada a la realidad de los hechos; cual es la consagrada en el Proyecto argentino: "consiste la mala fé en el conocimiento que se tiene de la falta de causa, y desde el momento en que se tiene".

El segundo y tercer párrafos del art. 1284 se refieren al caso del sub-adquiriente.

En primer término, precisa considerar el supuesto de cosa mueble. El repetidor no tendrá acción de reivindicación contra el tercero que la adquirió por título oneroso o gratuito; por causa de la regla de que con respecto a muebles la posesión vale título (art. 890). Todo ello, sin embargo, en el supuesto de buena fé del tercero; si éste procedió de mala fé, su título de adquisición es atacable y de consiguiente es prosperable la acción de reivindicación.

Si la cosa es inmueble, conviene distinguir según que la adquisición por tercero sea a título oneroso o a título lucrativo y según que aquel haya procedido de buena o mala fé. Mientras que en el derecho romano no había en ningún caso acción reivindicatoria contra el tercero, pues la *condictio indebiti* era rigurosamente personal, Pothier formuló una sistematización distinta, concediendo al pagador una acción *utilis in rem* contra el tercero adquirente del inmueble, si el último había hecho la adquisición a título gratuito, o si a título oneroso, pero obrando de mala fé. El criterio de Pothier, seguido por Delvincourt y Toullier, parece que debe ser mantenido a lo menos en parte. Aunque numerosos autores opinan que la acción pueda ser dirigida contra el tercero, puesto que siendo el pago sin causa, no puede atribuir derecho al *accipiens* para transmitir el dominio de la cosa pagada al tercero, tal apreciación es contraria a la naturaleza personal de la acción de repetición y ataca injustificadamente la situación de quienes adquirieron la cosa, viniendo a hacer incidir sobre ellos el efecto del error del *solvens*; afectándose de ese modo la seguridad que deben tener los negocios jurídicos. Debe, en consecuencia, inadmitirse la acción reipersecutoria. Pero si el tercero obtuvo la cosa a título lucrativo, parece de equidad consentirla entonces, pues el tercero al quedarse con la cosa, obraría de *lucro captando*, y el repetidor al reivindicarla, de *damo vitando*. Así juzgaba Pothier, y la solución en este punto aparecía guardando analogía con lo dispuesto en el caso de la acción pauliana. No obstante, el daño de que pretende sustraerse el *solvens*, reivindicando la cosa, le resulta evitado, teniendo en cuenta que podría accionar contra el *accipiens*, demandando el valor de la cosa. Y en cuanto a la analogía con el caso de la acción paulina, ella resulta esfumada si se reflexiona en que las situaciones originarias son distintas. En el caso de la acción paulina, no hay hecho alguno de parte del accionante; el deudor transfiere el dominio de una cosa a tercero, a título gratuito, en mira de defraudar

al acreedor. En cambio, en el caso de enajenación a tal título gratuito de una cosa recibida indebidamente en pago, hay un acto previo del *solvens*, el pago, un error de su parte, que en principio sólo a él debe perjudicar.

Si el *accipiens* transfiere la cosa a tercero a título lucrativo, ha procedido así por conceptuar, a causa del pago que le ha hecho el *solvens*, que era propietario de la cosa. ¿De qué, pues, podría quejarse el *solvens*?

Creemos, en consecuencia, rectificando en parte el criterio de Pothier, que debe ser inadmisibile la acción reivindicatoria en el caso de que el tercero obtenga de buena fé la cosa, así sea a título gratuito, y con menos razón aún si la adquirió a título oneroso. Pero si hubo mala fé en el tercero, su título adquisitivo está afectado de un vicio que lo quebranta, y en consecuencia la reivindicación deberá entonces ser procedente, tratase de adquisición a título oneroso o gratuito.

Por lo que resulta de los términos literales del art. 1284, si el sub-adquiriente obtuvo la cosa a título oneroso, no hay reivindicación en su contra. El *solvens* no tiene más derecho que conseguir la restitución del precio pagado por el tercero, o accionar contra el tercero, como cesionario del *accipiens*, para exigirselo. No se hace distinción entre la buena o la mala fé con que haya obrado el tercero. Por lo que antes hemos explicado, debería hacerse tal distinción, para aceptar la *vindicatio* en el caso de mala fé, y no en el de buena fé, en que solo debería aceptarse la acción para obtener el precio. A mayor abundamiento, la propia intención del legislador ha sido que lo mandado en el apartado segundo del art. 1284 no concierne sino al caso de buena fé del tercero. (Actas de sesiones de la Comisión; fascículo VII, p. 112).

Si la adquisición se hizo a título gratuito, cabe la reivindicación de la cosa a tenor del último apartado del art. 1284. Es una solución que se conforma a la ponencia sustentada por Pothier, según lo relatamos antes, y cuyo acierto es indiscutible.

Por lo demás, en el caso de que no proceda la acción reipersecutoria, por adquisición de la cosa onerosamente por tercero, no nos parece buena la solución del art. 1284, en el sentido de que el demandante a lo que tendrá derecho es a exigir del demandado el precio por el cual fué enajenada la cosa o la cesión de la acción para hacerlo efectivo. Ello puede generar un perjuicio o una ventaja indebidos para el *solvens*, según que la cosa se vendiera a precio menor del que le era propio o a precio mayor,

pues la diferencia entre el importe de tal precio y el importe del valor estimado de la cosa sería de cargo o a beneficio del *solvens*. La solución debe pues, ser diferente. Aquel debe tener derecho a cobrar del *accipiens* el valor estimatorio de la cosa.

Por otra parte, resulta ocioso indicar que en el término de tercero, se debe comprender a quien originariamente obtuvo la adquisición del *accipiens* y a los subadquirientes.

Art. 1235.—“No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social ni para obtener un fin inmoral o ilícito”.

Referencias: Digesto, lib. 12, tit. 5, fr. 26, párrafo 12; tit. 5, fr. 1, párrafo 2; fr. 3; Código francés, art. 1235, segunda parte; italiano, 1237, segunda parte; alemán, 814, in fine, 817; suizo, 63, segunda al; 66; argentino, 791, 795; chileno, 1468 y 2296; boliviano, 826; turco, 65; venezolano, 1303, 2.^a al; brasileiro, 970, 971; peruano, 2126 y 2127; austriaco, 1174; portugués, 692; chino, 130; polaco, 131 y 132, mejicano, 1894 y 1895.

Procedente del derecho romano, se ha conocido la llamada obligación natural. Se ha considerado como tal a una obligación imperfecta, por cuanto siendo susceptible de generar algunos efectos jurídicos, carece de la aptitud para ser exigida; a diferencia de las obligaciones por oposición llamadas civiles, obligaciones perfectas, es decir, premunidas de la respectiva acción para hacerse exigibles.

Las obligaciones naturales son: a) las llamadas obligaciones degeneradas y b) las que tienen el carácter de obligaciones naturales desde su origen.

a) Las primeras son obligaciones que habiendo sido antes válidas, pierden posteriormente su validez o resultan por determinada circunstancia incapaces para conminar al deudor a su cumplimiento. Así ocurre, de un lado, tratándose de la obligación prescrita y del otro, tratándose de la obligación que ha-

biendo estado *sub judice*, ha dado origen a una decisión judicial en el sentido de que ella no existe, no es válida, ni da derecho en favor del actor.

b) En el segundo grupo se consideran aquellas obligaciones que desde su origen surgen defectuosas; pero que no obstante la ley reputa, por consideraciones especiales, que pueden dar origen a determinados efectos. Así, las obligaciones surgidas en actos carentes de las formalidades señaladas, las contraídas por algunas personas que sufren de incapacidad para obligarse (mujeres casadas, pródigos y menores con discernimiento); aún algunas que por la ley están privadas de acción para hacerse efectivas (deudas de juego).

¿Cuáles son los efectos de las obligaciones naturales? Conforme al derecho romano resultaba que "en términos generales, la obligación desprovista de acción es susceptible de dar lugar a una prestación válida, cuando las circunstancias del hecho son tales, que se pueda prescindir de la acción. De este principio se desprende como efectos posibles: a) impide la repetición; b) se presta a la fianza, a la prenda y a la hipoteca; c) sirve de base a la novación y al constituto; d) autoriza la retención y la compensación" (Torino).

En el derecho moderno se ha discutido acerca de la irradiación en sus efectos de la *obligatio naturalis*. Un primer sistema restrictivo sustenta que su único efecto se concreta en la *solutio retentio*. Otro sistema se ajusta a la tradición romanista, aceptando que se generen otros efectos. Los Códigos que admiten aún las obligaciones naturales con este nombre y su carácter tradicional, discrepan en las soluciones acerca de la extensión de tales efectos. Dos Códigos legislan especialmente la materia, el chileno (art. 1470 y s.) y el argentino (515 y s.).

El Código argentino declara la irrepitibilidad de lo pagado en virtud de una *naturalis obligatio*. No declara que ella pueda dar lugar a un acto confirmativo. Dice Salvat al respecto: "en nuestra opinión la solución negativa se impone: 1.º, la confirmación supone la existencia de un acto jurídico sujeto a una acción

de nulidad (art. 1059); en el caso que estudiamos, o bien la nulidad ya habría sido declarada, o bien no existiría cuestión de nulidad; en una como en otra hipótesis no puede hablarse de confirmación; 2.º, además, la confirmación supone un acto jurídico existente; en el caso de una obligación natural, esta condición falta. Lo único que sería posible, es transformarla en una obligación civil por medio de la novación".

Tampoco obra la compensación en este punto, debido a que el artículo 819 exige que las deudas sean civilmente existentes y exigibles. En cambio, si es posible la novación: "Además, el artículo 2057 al prohibir la novación de las obligaciones naturales derivadas de actos ilícitos, admite a *contrario sensu* las restantes. La obligación natural puede servir de base a la novación; probado que esto haya sido querido por el deudor, es ella imperfecta con relación a la obligación civil, lo que no obsta a su existencia; además, ¿no implica la novación, como el pago, el reconocimiento de un vínculo, y la intención de hacerlo civilmente eficaz?" (Torino). Agrega el mismo Torino: "la nota a nuestro artículo 515 dice que ellas no son susceptibles de novación, cuando son contrarias a la ley o al orden público, sino únicamente en el caso que puedan valer como obligaciones civiles; y en la correspondiente al art. 802, dice el codificador que la resolución del artículo no impide que una obligación natural pueda por medio de la novación ser convertida en una obligación civil, y el texto del artículo dice que la novación supone una obligación anterior que le sirve de causa". Es la misma opinión sustentada por Durantón.

Puede también dentro del derecho argentino mantenerse que *fidejussor accipi potest quoties est aliqua obligatio civiles vel naturalis cui applicatur*; a tenor del art. 518.

En cuanto al Código chileno, las obligaciones naturales producen los siguientes efectos jurídicos: 1) dan derecho al acreedor para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas; 2) pueden ser novadas; 3) pueden ser caucionadas; 4) no hay a su respecto cosa juzgada. (Alessandri Rodríguez).

El antiguo Código nacional no trató orgánicamente de las obligaciones naturales. Pero admitió su existencia, y expresa o implícitamente se ocupó de ellas en algunos de sus preceptos. Así, en el art. 2126, concebido en estos términos: "no se puede cobrar lo pagado en virtud de una obligación natural y que no se debe por obligación civil, como la deuda de un menor o de una mujer casada". Podría la obligación natural originar una nova-

ción. "El art. 2264 del Código anterior, al exigir como condición de la novación la existencia de una obligación anterior que le sirva de causa, no hacía distinción alguna y, en consecuencia, no había inconveniente para que una obligación imperfecta fuera objeto de novación". (Cornejo)

Podía una fianza acceder a la obligación natural, a tenor del art. 2104 del Código derogado, concebido así: "Si la fianza se constituye para asegurar una obligación que pudiera anularse por defecto de capacidad personal en el otorgante, como en los casos de un menor, de un apoderado sin poder especial, o una mujer casada sin licencia de su marido, la fianza subsistirá aunque se anule la obligación principal".

El Código vigente, superando en este punto al anterior, no acoge la concepción de las obligaciones naturales propiamente tales, dando entrada en cambio en el derecho a los deberes morales o de conciencia, en cuanto lo prestado en virtud de ellos queda fuera de la *condictio indebiti*. Sigue en este punto la orientación de los Códigos modernos.

Ripert entre otros, ha demostrado la inconsistencia del punto de vista clásico, en cuanto creó esta figura descolorida y ambigua de la *obligatio naturalis*. La influencia de la moral en el derecho debe expresarse en otra forma. El derecho debe ayudar a la moral, en cuanto propicie a que se cumpla un deber de conciencia, y proteja este cumplimiento.

Quien realiza una prestación a la cual no podía ser conminado judicialmente, pero que ha respondido a imperativo de su conciencia, no merece el amparo de la ley para poder recobrar lo así prestado. El derecho revela de esta manera notoriamente la consideración decisiva que le merece el dato ético; y repugnaría a la moral ambiente, a la conciencia moral colectiva, el que la ley le franquease un medio para retractarse de un hecho que ha obedecido a un imperativo de orden moral. "Cuando alguien realiza una prestación con el propósito de satisfacer un deber de conciencia, sería escandaloso que el derecho le proporcionara el medio de recobrar lo que ha entregado, desde que lo que ha hecho, lo ha hecho con conocimiento de causa y con plena voluntad y libertad" (Saleilles). El *solvens* podrá, pues, repetir lo pagado; pero para ello tendrá que probar la ausencia de causa civil y el

error con que procedió, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1282. El *accipiens* podrá, desde luego, descartar toda tentativa de prueba del segundo extremo, demostrando que existía un deber moral en el accionante, que le llevó a hacer el pago.

Apreciar en último término la existencia de tal deber, es de la competencia del juez, que tendrá en cuenta sea el motivo de orden subjetivo que guió al autor del pago, sea la consideración objetiva de las exigencias y normas generales de la moral colectiva. De esta última consideración no puede prescindirse y así, por ejemplo, en el caso de prestaciones efectuadas en vista de causa *turpen vel iniustam*, la repetición es negada de todos modos, porque la ley reputa como reprochable tal causa, en cuanto opuesta a las buenas costumbres y a la moral pública, prescindiendo de tomar en cuenta cual fuera el móvil íntimo que guió al prestador. Empero, este criterio es contemporáneamente discutido, como lo diremos mas adelante.

La consideración del orden objetivo parece, pues, que debe ser la esencial para calificar el hecho y según ella hacer irrepetible o repetible el pago. (Staudinger).

Veamos algunas cosas que pueden quedar comprendidas dentro de la hipótesis del art. 1285. Así, cuando alguno en favor de parientes, respecto a los cuales no está obligado al suministro de alimentos (por ejemplo, para parientes políticos o para parientes colaterales no cercanos), suministra esos alimentos en la falsa creencia de estar obligado a ello. O cuando durante el proceso de divorcio un cónyuge proporciona alimentos al otro. Cuando alguno en acatamiento de la última voluntad de otro, procede a cumplir con un legado invalidable. Y ahora una cuestión que se han planteado los autores alemanes: ¿Cabe considerar la prestación efectuada en mérito de un acto carente de formalidad exigida, y por lo tanto nulo, como obedeciente a un deber moral, y que así no ha de poder ser repetida? La respuesta es negativa. "Por consiguiente —escribe Staudinger— por regla general, en tanto que las circunstancias especiales de cada caso no justifiquen una apreciación distinta, siempre será admitida la devolución de lo que ha sido prestado en base de un negocio jurídico nulo por defecto de forma, en la suposición errónea sobre la existencia de una obligación. Cuando la ley liga la vali-

dez de una declaración de voluntad con una forma determinada, la no observación de la forma dada no puede estimarse violación de la buena fé o como un atentado contra las buenas costumbres. No obstante, un individuo de noble espíritu siempre evitará hacer uso de una objeción basada en la falta de forma”.

En lo que se refiere a la irrepetición de deuda prescrita, o el pago debe considerarse entonces hecho por causa de un deber de conciencia (en cuyo caso estaba demás referirse a tal deuda, y hasta resulta desacertado mencionarlo como caso distinto de los deberes de conciencia), o tal deuda resulta estimada como una obligación natural, revelándose el Código inconsecuente consigo mismo.

Por lo demás, debe repararse en que la no repetición por causa de pago de deuda prescrita, sólo será procedente si el deudor o aquel que le ha sucedido en tal obligación, ha alegado la excepción de prescripción, ya que esta no obra de oficio, por ministerio de la ley. Si el pago se hizo después de alegada tal excepción, es preciso que haya habido error (por ejemplo, el heredero que pagó en la ignorancia de que la prescripción había sido interpuesta por su causante), o sea, conforme al art. 1282, es preciso que pruebe el repetidor que no sólo no existía la *causa solvendi*, sino que tampoco había otra causa idónea para efectuar el pago.

Alegada la prescripción no puede hablarse de error en cuanto a la *causa solvendi* misma que concierne auténticamente a la prestación: el deudor sabía que la deuda no le era exigible, por haberse extinguido por prescripción; si pagó no obstante, hay que presumir que lo hizo por otra causal válida. Pero si no alegó la prescripción, hay que presumir que el deudor ignoraba que había dejado de subsistir la causa del deber; el pago lo efectuó, pues, por error; es justificable, por ende, la repetición.

De acuerdo con el precepto 1285 no es repetible lo pagado para obtener un fin ilícito o inmoral.

Según el derecho romano se distingue el supuesto de *turpiter acceptum* y el supuesto de *turpiter datorum*.

Escribe Paulo, expresando que la repetición procede en caso de que la ilicitud fuera del acreedor: *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.* (Digeso, lib. 12, tit. 5, ley 1, fr. 2). Y de aquí que Ulpiano ponga como ejem-

plos, el de que se dé para que no se cometa un sacrilegio o un hurto o no se mate a una persona, o si se hubiera dado para que se devuelva una cosa depositada en poder de quien recibe o para que se devuelva un instrumento. (id., ley 2, fr. 1). Si existiese ilicitud de ambas partes, no habrá repetición: *Ubi autem et dantis, et accipientis turpitudine versatur, non posee repetitio dicimus, veluti si pecunia detur, ut male indicetur.* (id. ley 3). Ulpiano pone el caso, fuera del anterior indicado por Paulo en la sentencia que se acaba de transcribir, de la entrega de dinero para que se juzgue mal, de lo que se dé por causa de estupro, o si se hubiere rescatado alguno sorprendido en adulterio (id., ley 4). En el caso de ilicitud del que da, no hay repetición, enseña Ulpiano: *Sed quod meretrice datur, repetit non potest, ut Labeo et Marcellus scribit; sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis; illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, quum sit meretrix.* (id. ley 4, fr. 3). El mismo Ulpiano pone el ejemplo de que yo te hubiese dado un premio para que me descubras mi esclavo fugitivo o el ladrón de cosas mías, en cuyo caso no habrá lugar a repetición, pues *nec enim turpiter accepisti.* (id. ley 4, fr. 4).

Los autores franceses han discrepado acerca de si debe haber o no repetición en caso de *turpitudine* de ambas partes. Los Códigos alemán (art. 817), suizo (art. 666 y brasileño (art. 971) aplican al caso el rigor del principio de *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*. El Código nacional sigue esta orientación, estando en este punto su artículo 1285 basado en el 971 del brasileño. De este modo, el único caso en que prospera la repetición será cuando la ilicitud exista solamente en el *accipiens*.

Es perfectamente justificable que si la torpeza existió exclusivamente en el *solvens*, este carezca de acción. ¿*Quid* del caso en que sea común a aquel y al *accipiens*? Se observa las discrepancias que surgen al rededor de esta cuestión. Giorgi la enjuicia en forma elocuente, para pronunciarse en favor del principio de que *in pari turpitudine melior est conditio possidentis*; escribiendo: "el razonamiento vicioso, por el que fueron engañados en la presente materia los escritores que opinaron era también permitida la repetición del *turpiter datum*, consiste en decir que de otro modo la causa torpe tendría algún efecto, siendo así que la ley la estima absolutamente ineficaz. Pero este razonamiento es completamente inexacto, por muchas razones. Primeramente, las disposiciones que niegan algún efecto a la causa ilícita o tor-

pe, no se refieren a los pagos, sino a las convenciones. Suponen éstas un contrato ilícito, no un pago ya efectuado; y como frente a un contrato aún no ejecutado hay sólo simples palabras o promesas, por ello miran a impedir que aquellas palabras y aquellas promesas se conviertan en hechos. Pero frente al pago ya efectuado, la disposición no tendría ningún sentido; porque la causa ilícita ha producido su efecto, y no se trata ya de impedirlo, sino de destruirlo, restableciendo el estado anterior, mediante la restitución. El pago no se presenta como un efecto del contrato ilícito, del que aún se puede impedir la verificación, sino como un hecho ya cumplido no obstante la prohibición. Ahora bien, para anular este hecho y ordenar la restitución, la ley debería abrir el paso a un inconveniente mucho más grave, que sería el prestar su brazo en ayuda del que cometió el primero la torpeza o el hecho ilícito; de dejar el campo libre a investigaciones judiciales vergonzosas e indecentes. ¿Sería quizás tolerable, preguntamos a los secuaces de la escuela contraria, oír ante los tribunales al seductor de la mujer ajena, que ofrece presentar la prueba de las cantidades pagadas para satisfacer su torpe concupiscencia y leer luego la sentencia del juez, quien después de haber estimado este hecho en los considerandos ordenase la restitución de la suma pagada por el torpe seductor? ¿No enseña quizás la prudencia política, de acuerdo con la moral y la justicia, que no está bien, por el interés público y por el decoro de los Tribunales, el revelar, mediante la resonancia del juicio, ciertas torpezas que ofenden el sentido moral, al efecto, no ya de castigar al que las cometé, sino para sancionarle un derecho que se le reconoce? Los hechos ilícitos y los hechos torpes no deben interesar a la justicia como fuente de derechos a favor de quien los comete, sino solamente como materia de castigo. Esta verdad de todos los tiempos y de todos los lugares, nos persuade, como ha persuadido a la mayor parte de los escritores modernos, de que no se puede sin violación de la moral y de los principios menos discutibles y más universales del derecho, desistir de la regla *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, ni conceder el derecho de repetir lo indebido, a quien, pagándolo, se ha manchado el primero de torpeza. En virtud de esta regla, la jurisprudencia moderna estima como *no repetibles los pagos hechos a una persona para que cometa un delito*, o un acto inmoral, o para que se abstenga del cumplimiento de su deber; mientras recono-

ce como repetibles las cantidades pagadas a alguno para que se abstenga de un delito o de una acción inmoral, o para que cumpla un deber jurídico o moral. En el primer caso la torpeza concurre en las dos partes, mientras que en el segundo la torpeza es sólo del que recibe”.

No obstante se rearguye contra la solución clásica. “Ella se detiene a mirar un lado de la cuestión, aquel en el cual está colocado el prestador; pero no el otro lado, referente al que respecta al que recibió el pago. El primero no podrá demandar, por razón de la inmoralidad del pacto; pero el segundo sí tendrá derecho a retener lo que ha recibido, a pesar de haberlo recibido por razón de este mismo pacto imoral! Una parte se ha empobrecido sin causa y correlativamente otra se ha enriquecido, y aunque a los dos atañe por igual la torpeza del pacto, se mantiene la situación creada. Así es como el lucro obtenido por medio inmoral, recibe la sanción de la ley. “Esa impunidad asegurada es contraria al interés social. No se evitan las corrupciones con negar la acción de repetición. Pero se facilitan, se alientan, se recompensan. Las puertas del pretorio, como se dice de los defensores de la tesis, deben permanecer cerradas, ante la exhibición de tales torpezas. Mejor sería abrirlas. Así se agregaría un freno más para detener las acciones viles. Siempre habría el temor de que obtenido el resultado perseguido, se rompería el silencio para reclamar la restitución de lo pagado. La acción quedaría desmascarada”. (Bibiloni).

De aquí que algunos tratadistas aboguen por la reforma de los Códigos alemán y suizo que enfocan el punto.

Con respecto a nuestra legislación el criterio es inequívoco, en cuanto a la irrepetición de lo prestado para obtener un fin inmoral, es decir, cuando ha habido *turpitud datorum*: el art. 1285 no hace distinciones según que concorra o no la ilicitud de parte del receptor de la *solutio*. No se puede presumir, en consecuencia, que se ha querido exceptuar de la sanción de la no repetición, el caso de que hubiera *turpitud* de parte del *accipiens* a la vez que de parte del pagador. La repetición solo es posible en caso de ilicitud exclusiva en el *accipiens*.

Art. 1286.—“Las acciones para recobrar lo indebidamente pagado se prescriben en un plazo igual al que correspondería a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas.

Este tiempo se cuenta, desde el día del pago indebido”.

Este precepto reitera lo establecido en el número 2134 del Código peruano derogado; y fuera de que él es *sui generis*, siendo difícil encontrar otros cuerpos de leyes que lo contengan, es chocante contra el buen sentido. El hecho del pago indebido hace nacer en favor del prestador una acción propia, de repetición, de carácter personal. Es a partir del hecho del pago que debe computarse el término para la prescripción de la acción basada en la *condictio indebiti*. Nada tiene que hacer en ello el plazo que corresponda a la acción que habría tenido el *accipiens*, de no faltar la causa que hace indebido el pago. La acción de repetición tiene, como cualquiera otra, su origen propio en el hecho que la hace surgir en favor del autor. Este hecho, en el caso presente, es el pago verificado erróneamente. Es sólo, pues, a partir del día del pago, que debe computarse el plazo para la prescripción de la sección de repetición. El derecho para accionar en el *solvens* no puede depender de una acción meramente hipotética, que habría podido poseer contra él el *accipiens*, de haber tenido fundamento el pago; y por lo tanto es insólito someter el plazo de prescripción para la acción por repetición, al que correspondería a esa hipotética acción.

Desde el punto de vista práctico, la regla que informa el artículo del comentario, puede generar absurdas consecuencias. El pago se hizo a base de un error. Debe darse cierto tiempo para que pueda repetirlo el que lo efectuó; tiempo dentro del cual se presume por la ley que el *solvens* llegó a conocer o debió llegar a conocer el error. La acción de repetición, en esa virtud, debe comenzar a transcurrir desde el día del pago y debe comprender el plazo propio de las acciones personales ordinarias, ya que la de repetición tiene ese carácter. No se ve razón para

designar otra fecha como la inicial de la prescripción, ni otro plazo para su vencimiento. Si esto último se hiciere, podría llegarse a resultados injustificados contra el accionante. Seius, con un documento falso del que aparece que Titius le es deudor, se presenta ante Gaius, heredero del último, a exigirle el pago el mismo día en que la acción derivada de tal documento debe prescribir, o poco tiempo antes de tal prescripción. Gaius realiza el pago; pero se percata poco tiempo después de la falta de causa del pago. Quiere repetir; mas le es imposible porque la acción de Seius, de haber sido cierta la deuda de Titius, ya habría prescrito. Como este caso, otros podrían presentarse con relación al punto.

TITULO III

DE LA NOVACION

Art. 1287.—“En las novaciones en que sustituya otro deudor, todos los obligados, como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de responsabilidad. Cuando es de un nuevo acreedor, se transmiten a este todos las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior”.

Referencias: Digesto, lib. 44, tit. 2, fr. 1; Institutas lib. 3, tit. 29, párrafo 3; Digesto, lib. 13, tit. 7, fr. 11, párrafo 1; lib. 46, tit. 2, fr. 31, párrafo 1; Códigos francés, art. 1271, 1280 y 1281; español, 1203; italiano, art. 1267, 1276 y 1277; boliviano, 863, 872 y 873; venezolano, 1335, 1344 y 1345; japonés, 513 y 515; alemán, 364 2.º apartado; argentino, 810, 811, 815 y 817; brasileiro, 999, 1005 y 1106; portugués, 804, 808 y 809; peruano, 2265 y 2268; polaco, 263; ruso, 129; mejicano, 2213 y 2214.

La novación es una figura que contemporáneamente ha perdido mucho de su importancia. Si se trata de que la obligación venga a corresponder a un nuevo acreedor, lo sólo es que ello se produzca por medio de la cesión de crédito, que no exige intervención del deudor. Si se trata de que un nuevo deudor asu-

ma la obligación, lo más frecuente es que el acreedor no consienta por ello en liberar al primitivo deudor; de tal modo que no sobreviene verdaderamente novación. En cuanto a la novación por cambio en la causa del deber, es muy rara.

Tratándose de la novación por cambio en el objeto de la obligación, la figura sí ofrece interés propio. Se puede, no obstante, considerar que queda absorbida por la figura de la *datio in solutum*. No suscribimos este parecer, toda vez que en la última desaparece la obligación misma con el pago que se realiza mediante la nueva prestación, en tanto que en la novación objetiva la obligación subsiste, en cuanto debe cumplirse con el nuevo objeto de deber. Con referencia a la dación en pago (ver nuestro comentario al artículo 1279) el autor de la ley peruana defiende un punto de vista opuesto, al estimar, de acuerdo con algunos autores, que la dación en pago lleva en sí una novación implícita, en cuanto se consiente en que el nuevo objeto sea el debido en vez del anterior, primitivamente convenido. Se distingue así dos momentos, el de la concertación intelectual tendiente a substituir una deuda por otra y el de la efectuación de la prestación de la última, y así sólo sea instantáneo el paso de un momento a otro, ello basta para que se considere que son separables y por lo mismo, dada la independencia del primero, exista novación. Pero el hecho es que tal separación o distinción sólo es verificable dialécticamente. En el hecho los dos momentos forman uno solo y esta conjunción es la que da su fisonomía a la dación en pago. Se paga una cosa por otra: es este hecho el que constituye la dación en pago. El nuevo objeto se paga *ipso facto*. Así, con el hecho del pago se presenta para los ojos de la ley, la voluntad de las partes de aceptar el cambio en el objeto; lo anterior es aquí indiferente; no aparece, y por lo mismo, la ley no tiene por que entrar a una investigación o suposición agnóstica al respecto. Es sólo cuando media un tiempo perceptible entre una y otra operación, la declaración acerca del nuevo objeto debido y el pago de éste, que no hay dación en pago y sí novación. Pero un tiempo realmente existente, no únicamente discernible por análisis conceptual. Es decir, cuando uno se obliga y el acreedor acepta, que se pague una cosa en vez de la antes debida; pero no paga la nueva cosa inmediatamente.

En el derecho romano la novación tenía una importancia considerable, como medio correctivo del rigor del principio de la intrasmisibilidad e inmutabilidad de la relación jurídica; por

lo que para modificarla precisaba extinguirla y constituir otra nueva.

Pero actualmente se percibe que toda la construcción relativa a la novación se halla en riña con la realidad de los negocios, en su faz económica y jurídica. Numerosos son los casos de modificaciones en los elementos integrantes de una relación jurídica, sin que se pueda decir que hay extinción de esta misma: cesión de crédito, pago con subrogación, aval, pago con intervención, transmisión de activo y pasivo de las sociedades. La determinación de los efectos y alcances de estas modificaciones debe dejarse al acuerdo de las partes; no hay porque presumir que tales determinaciones importen extinción de la obligación, para crear otra nueva; elaborándose para este propósito todo un régimen institucional. Dice Bibiloni a este respecto, haciendo la crítica del Código argentino y propugnando el criterio rectificatorio: "La ley no interpreta los actos en el sentido de su extinción. Deja a las partes que los ajusten como los entiendan. Si quieren extinguir la obligación con el establecimiento de la nueva, son libres de hacerlo. Si no lo quieren, no viene la ley a substituir su voluntad a la de las partes, interpretando en sentido distinto los actos que celebran, so color de que los cambios en las personas o en las prestaciones son contrarios a la esencia de la obligación. La novación no se presume. Es facultativa".

Este nuevo orden de ideas respecto a la novación se impuso en el Código alemán. Este no la hace objeto de una institución especial; dejando que las partes libremente pacten el modo de reglar su relación jurídica. El cambio en la persona del acreedor cae dentro de la cesión de créditos; en cuanto al cambio en la persona del deudor, es objeto de un instituto especial, la cesión de deudas (art. 414 y siguientes), dentro de la cual no se reputa que hay extinción de la misma deuda, sino mera asunción de esta por el cesionario, tratando el caso con una verdadera sucesión a título particular. Como escribe Endeman, "la novación servía en el derecho romano para hacer posible un cambio del acreedor o del deudor; ya no la necesitamos para este fin, pues la deuda persiste según el concepto actual, a pesar del cambio de los sujetos jurídicos participantes. El Código Civil ya no trata de la novación; pero, porque existe cierta libertad de pactar, sigue sirviendo al fin de realizar una modificación en la deuda, para anular una deuda existente hasta este instante y reemplazarla por una nueva".

“Puesto que el B. G. B. —anota Derburg —reconoce la libertad convencional, se admite de este modo las novaciones, cuando las partes así lo quieren, aunque el B. G. B. nada indique en particular sobre ello”.

El Código suizo consagra a la novación sólo un artículo (116), tendiente precisamente a quitarle su importancia legal, al establecer meramente que la novación no se presume. El cambio en la persona del acreedor es tratado dentro de la cesión de créditos, el cambio en la persona del deudor dentro de la cesión de deudas, la sustitución en la prestación es apreciada dentro de la dación en pago.

Sin embargo, hay un tanto de exageración en la crítica al régimen institucional de la novación. Dentro de los Códigos que tienen tal régimen, se conoce la expromisión y la delegación no implicantes de novación; y establecen también, en esta manera, que la novación no se presume. Estas consideraciones han llevado a la comisión autora del anteproyecto italo-francés a mantener, siguiendo el ejemplo del Código brasileño, la institución de la novación, aunque simplificando las soluciones referentes a la misma. Ha sido plausible que el codificador peruano haya mantenido el título que se ocupa de esta figura.

Cuatro condiciones se necesitan para que haya novación: 1.º obligación anterior, que se extingue; 2.º nueva obligación, que la sustituye; 3.º capacidad de novar; y 4.º voluntad de novar.

1.º).—La primera obligación debe ser válida y naturalmente preexistente a la nueva obligación. Si la primitiva obligación fuese nula, no podría haber novación. Una obligación no nula, sino simplemente anulable, puede ser objeto de novación; lo mismo que una obligación condicional, si se realiza la condición.

No precisa explicar por que en caso de una obligación nula, no puede haber novación. La novación implica sustitución de una obligación por otra, y no hay sustitución posible de lo inexistente, que es lo que ocurriría tratándose de una obligación que es irrita. Por lo demás, si no existe la obligación, si esta ha desaparecido, si se ha extinguido, no cabe tampoco hablar de la figura de que ahora nos ocuparemos. Así, tratándose de una obligación ya pagada o prescrita, o en general no existente.

En lo que se refiere a como una obligación simplemente anulable es susceptible de novarse, nos remitimos al comentario del art. 1292.

Tratándose de la obligación primitiva condicional, es natural que la novación quede sujeta a la circunstancia de la realización de la respectiva condición. No hay inconveniente en principio para que una obligación *sub-conditione* dé origen a una novación. Pues aunque el derecho respectivo es incierto, existe espectativamente, *pendente conditione*. Si, pues, la condición se realiza, la primitiva obligación queda reemplazada por la nueva obligación; si no, aquella es la única existente. Se requiere, en el caso considerado, que las partes hayan hecho la manifestación expresa o tácita de querer transformar definitivamente la obligación condicional en obligación pura; por ejemplo, se deben mil pesos bajo condición y se substituye esta obligación por la de pagar quinientos pesos a treinta días. Por una parte, la reducción en el monto de la obligación parece indicar que el deudor, entre correr el álea de tener que pagar mil pesos u obligarse definitivamente a pagar quinientos, ha preferido esto último; hay de una y otra parte una especie de convención aleatoria, cuyo efecto consiste precisamente en operar la novación definitiva de la primitiva obligación. Por otra parte, esta materia de la novación depende, ante todo, de la voluntad de las partes y, en consecuencia, en el caso examinado ella sería perfectamente válida, de acuerdo con el principio de la libertad de las convenciones. (Salvat).

El Código no reconoce la obligación natural; por lo tanto no cabe que en referencia a ella pueda generarse novación. El deber moral no acarrea más consecuencia civil que la *retentio solutio*, que instituye el art. 1285.

2.º—La nueva obligación debe existir en el momento en que se substituye a la primitiva. Si la nueva obligación fuera nula, no habría novación. Pero sí la habría si fuera sólo anulable, produciendo sus efectos hasta que no se declare su nulidad. Si fuera condicional, la novación también lo será (art. 1293).

3.º—Conforme al derecho romano, bastaba para la validez de la novación la capacidad en el acreedor para recibir el pago y en el deudor la capacidad para efectuarlo. De igual ma-

nera percibía la cuestión la antigua legislación española, y este era también el sentir de Pothier. Pero el Código francés, (art. 1272) y con él los que han tratado el punto, exigen la capacidad para contratar. Planiol, comentando el art. 1272, dice que significa "que el deudor debe ser capaz de obligarse, puesto que contrata una nueva obligación y que el acreedor debe ser capaz de disponer de un crédito, puesto que renuncia a su derecho primitivo".

Esta capacidad de contratar, exigida por el *Code Civil*, se ha entendido, en lo que respecta al acreedor, como una capacidad de renunciar a la primitiva obligación y a las seguridades anexas a la misma; puesto que la obligación importa que aquel no puede exigir más tal obligación primitiva, que se extingue. Y en lo que respecta al deudor, se ha entendido como una capacidad de obligarse; desde que en cualquier forma que se manifieste la novación, se asume una obligación nueva.

Conforme a nuestro Código, debe enjuiciarse también que la capacidad requerida es la propia para celebrar en general un acto jurídico, ya que la novación lo es.

4.º—"La intención de novar —dice Planiol— es indispensable, porque una nueva deuda puede ser siempre creada al lado de la antigua. Si, pues, el acreedor no ha consentido en perder su primera acción, las dos obligaciones subsistirán conjuntamente; habrá ciertamente creación de una deuda, pero sin la extinción correlativa de otra deuda". Y Crome escribe: "Finalmente es necesaria la intención de novar, es decir, la intención de substituir mediante el pacto, la antigua deuda por la nueva. Esta intención puede deducirse de las circunstancias. En tanto que el antiguo acreedor no participe en el pacto (cambio del acreedor), debe ser tal intención declarada especialmente por su lado, pues el contrato tiene eficacia de novación solamente si el acreedor consiente en la anulación de la antigua deuda". Debe existir, pues, el *animus novandi*, la voluntad de extinguir la primitiva obligación, creando otra. De aquí que no hay novación en caso de que simplemente se designe a una persona encargada de recibir el pago, o de que un nuevo deudor al lado del primitivo asuma la obligación.

La forma y condiciones para que se considere que ha existido la voluntad de novar, son objeto del art. 1295.

La novación puede consistir en el cambio de la deuda, sea en cuanto a su objeto o a su causa (novación objetiva); en el cambio en la persona del deudor o del acreedor (novación subjetiva).

Sólo un cambio de importancia tal, para reputar que hay una verdadera substitución de una obligación por otra, importa novación. De otro modo, si la nueva obligación no es sino la reproducción de la anterior, no puede hablarse de novación: *novatio a novo nomen accipit*. El nuevo acto importaría en tales circunstancias, simplemente un reconocimiento de la obligación existente.

El cambio en el objeto de la deuda produce novación cuando tal cambio recae sobre la prestación principal que constituye el objeto de la obligación. Debe haber, pues, verdadera incompatibilidad entre la primitiva y la nueva obligación; de suerte que aquella se considere extinguida, por haber surgido la segunda. De aquí que simples cambios en los elementos accidentales de la obligación no causan novación (art. 1290, 2.º acápite). Tales los referentes al tiempo y al lugar del pago, al modo de cumplir la obligación, a la agregación o supresión de un cargo que no tenga el carácter de condición resolutoria, a la agregación o supresión de garantías, a la adición de una cláusula penal, a la remisión parcial de la obligación, a la modificación relativa a intereses, a las modificaciones en la forma del título. Todo sin perjuicio de que las partes puedan entonces dar efecto novatorio a tales cambios; sobreviniendo en tal hipótesis un caso de novación expresa. Por el contrario, si el cambio de la prestación es de tal carácter que por sí surja incompatibilidad entre las dos obligaciones, sería vana cualquiera declaración en el sentido de que no exista novación; pues ello sería, conforme indica Demolombe, como decir que la novación no novará. La novación por cambio en el objeto hace que las seguridades que acompañaban a la primera deuda se extingan; salvo estipulación expresa contraria.

Nuestro Código tiene en cuenta la novación por cambio de objeto, según trasciende del art. 1290, segunda parte, conforme al cual *contrario sensu*, las estipulaciones que se refieran al objeto principal serán consideradas no simplemente como que mo-

difican la obligación, sino como que causan una novación en la misma.

El cambio en el objeto no debe ser confundido con el de la *datio in solutum*. Aquí se paga; luego, se extingue la obligación, sin que se cree otra nueva; no hay, pues, novación. Pero esto en el caso que se haga un pago, no una promesa de pago: en esta última hipótesis si habrá novación y no dación en pago.

El cambio en la causa de la obligación produce novación; apreciándose aquella como causa eficiente, como hecho generador, como título de la obligación. Arthur reputaba que propiamente no se podía hablar entonces de novación; observando que lo que simplemente ocurre es que el primer vínculo obligatorio se disuelve por mutuo disenso y se crea un nuevo vínculo. La anterior consideración no ha prosperado; como lo hacen notar Baudry Lacantinerie et Barde, no hay novación simplemente porque dos deudas se suceden entre las mismas partes; precisa que la nueva deuda sea destinada a extinguir la primitiva. Si la primera se extingue no por hecho propio que a ella concierne, como ocurre con el pago o la condonación, sino por causa de una nueva que la reemplaza, hay novación.

“La teoría de Arthur —escriben los citados autores— nos parece que procede de una confusión entre la novación romana y la novación moderna. En el derecho romano la conversión de un contrato en otro contrato, por ejemplo la de un mandato en *mutum* o de un arrendamiento en una posesión precaria, no fué nunca considerada como una novación. Y es que la novación, como cualquier acto jurídico, tenía formas precisas y obligatorias. Sus dos efectos, extinción de una deuda y creación de otra, no podían ser obtenidas sino por una ‘estipulación’, y se producían por una única estipulación. Y la estipulación, especialmente cuando ella servía para novar, era indivisible. La simple voluntad de extinguir la primera deuda no podía tener afecto alguno por ella misma. Unicamente cuando era formulada mediante una estipulación, es que conseguía su objeto; y la ‘misma’ estipulación que daba efecto a tal voluntad, engendraba al mismo tiempo y necesariamente la nueva obligación. Recordemos que en el derecho romano la obligación creada por la novación tenía el mismo objeto que la obligación primitiva, y que la novación consis-

tía en una transformación, es decir, en un cambio de forma de la deuda originaria. Luego, evidentemente una obligación no puede revestir una forma nueva si no es perdiendo su primitiva forma. La novación, pues, presentaba esencialmente un carácter unitario. Pero la noción romana no ha pasado a nuestro derecho. Pothier ha remarcado netamente la diferencia entre las dos legislaciones: Para el derecho romano —dice— la novación no se puede hacer sino mediante estipulación; la forma de la estipulación no es de uso en nuestro derecho; las simples convenciones tienen aquí la misma fuerza que para el derecho romano tenía la estipulación; y es así por lo que la novación se efectúa por simple convención. Así, en el derecho francés cualquiera convención, cuando tenga por efecto reemplazar una obligación por otra, es una novación. Lo que nosotros denominamos hoy novación, dice Paul Gide, es toda especie de convención por la cual se extingue una deuda antigua, sustituyéndola por una deuda nueva. Esta sustitución puede revestir las más variadas formas. Dicho autor, tal como él se expresaba algunos años antes que Arthur emitiera su teoría, podía agregar: entre nosotros cualquier acto en que se reemplaza un contrato por otro, constituye, según asentimiento unánime, una novación propiamente dicha”.

Como casos notables de esta clase de novación por cambio en la causa del deber, puede indicarse los siguientes: conversión en préstamo de una suma recibida en carácter de depósito o en virtud de mandato; conversión en compra-venta de la obligación de entregar una cosa a título de permuta; novación en virtud de contrato de cuenta corriente.

En general, pues, no es discutible que se produzcan novaciones por cambio en la *causa debendi*: “Mientras se trata de asegurar —escribe Giorgi— como máxima general que la mutación de la causa produce novación, encontraremos a todos de acuerdo. Antiguos y modernos escritores y tribunales. En efecto, si las mil libras que Tito debía a Carlos *ex causa mutui* quedan por nuevo convenio en poder del mismo Tito *ex causa depositi*, desafiamos a no encontrar novación. Del mutuo al depósito el salto es manifiesto, y las acciones y las secuelas, que se derivan del uno y del otro contrato, son en verdad tan diversas que no se comprende fácilmente como podrían acumularse. Las discusiones surgen bastante intrincadas sobre las aplicaciones de la máxima enunciada a la variedad de los hechos, que muy a me-

nudo obscurecen la claridad del principio jurídico contenido en ella”.

Ahora es el caso de preguntarse si hay novación en el caso de que el precio que debe pagarse por consecuencia de una obligación civil, se transformase en una deuda cambiaria. En general la respuesta es negativa; y con esto ha marchado concorde la jurisprudencia nacional; viniendo el criterio a quedar ratificado por el precepto 1284 del Código.

La substitución en la persona del deudor requiere necesariamente el consentimiento del nuevo deudor y el del acreedor. El consentimiento del primitivo deudor puede existir o no (art. 1291). En el primer caso hay delegación; en el segundo expromisión.

En el caso de cambio en la persona del acreedor, es útil admitir que la mera indicación de una persona autorizada para recibir el pago, sólo constituirá un caso de *adjectio solutionis gratia o solutionis causa*. Precisa para la novación por esta causa el asentimiento del deudor. Por esta circunstancia se diferencia de la cesión de crédito y de la subrogación. También se diferencia de ellas, en que en las mismas la obligación subsiste, mientras que en la novación la primitiva obligación fenece, surgiendo otra nueva; por lo que en la novación no se trasmite en favor del nuevo acreedor las seguridades que acompañaban a la primitiva obligación. Sin embargo, el Código consagra sobre este último, precepto diferente (art. 1287, última parte).

Por otra parte, la novación activa se diferencia de la subrogación, en que aquella es siempre convencional, mientras que la subrogación puede obrar *ex-lege*.

El precepto a que se contrae la segunda parte del art. 1287 es repetición del art. 2270 del Código peruano anterior. Una disposición como esta, no se halla consignada en otros Códigos, excepción sólo acaso en el de Guatemala (art. 2344) y de Bolivia (art. 870). Aún más, está en oposición con la regla general formulada por los Códigos, de que la novación extingue los accesorios de la deuda primitiva, salvo estipulación en contrario Efectivamen-

te, tal consecuencia es propia de la novación, de la extinción de la obligación primitiva, que hace aplicable el principio de *sublato principale tollitur accessorium*; y dicha extinción de los accesorios es una nota de diferenciación entre la novación *mutato creditore* y la cesión de crédito, en la cual de pleno derecho se transmiten junto con el crédito cedido todos sus accesorios. La regla debe ser, precisamente, la contraria de la que propugna la segunda parte del numeral 1287. Las seguridades de la obligación no deberían transmitirse al segundo acreedor, como que en general no pasan, en todo caso de novación, a la nueva obligación, salvo estipulación en contrario.

El art. 1287 se refiere, en su primera parte a la novación por cambio en la persona del deudor. El caso comprende tanto la expromisión, como la delegación propiamente dicha, la delegación perfecta, la adjudicación novativa; es decir, comprende todo caso en que surgiendo un nuevo deudor, el primitivo queda desobligado; esto es, todo caso en que verdaderamente hay novación. Si el primitivo deudor queda obligado, al lado del nuevo deudor, se produce lo que se llama delegación imperfecta o adjudicación simple, es decir, una mera *adpromissio*; no hay novación, porque no hay substitución por la nueva obligación, a cargo del nuevo deudor, de la antigua deuda, a cargo del primitivo deudor.

Las distinciones anteriores no tienen a la verdad, sino un valor académico. Entre la expresión y la delegación perfecta la diferencia sólo reside en el origen de la asunción de la deuda por el nuevo deudor, consistente en que en la primera directamente el expromisor se compromete frente al acreedor, en tanto que en la segunda el primitivo deudor, el delegante, toma la iniciativa presentando al nuevo deudor, al delegado, ante el acreedor, el delegatario. Esa intervención del primitivo deudor es accidental, o mejor dicho, no es necesaria para crear la novación (art. 1291). En sus efectos, entre la expromisión y la delegación perfecta no hay diferencia.

Y en cuanto a la delegación imperfecta no tiene por qué ser tratada dentro del instituto de la novación, desde que no se produce propiamente esta última. Se trata entonces simplemente de una nueva obligación, que funciona al lado de la primitiva; se

trata de una mera adpromisión; y ella no ofrece ninguna particularidad que requiera referencia expresa.

Es laudable, de esta manera, que el Código vigente siguiendo en esta materia el criterio simple y preciso del Código de 1852, se ocupe únicamente de la substitución del deudor que importa novación, comprendiendo tanto el caso de la expromisión como de la adjudicación novativa. Esto resulta del art. 1287, que se refiere sin decir más, a la novación en que se sustituye otro deudor; del art. 1289, que se expresa en términos análogos; y sobre todo del art. 1291, que indica que la novación por cambio de deudor puede efectuarse sin el consentimiento de éste.

La indicación del art. 1287 primera parte, respecto al efecto extintivo que la novación pactada entre el acreedor y uno de los deudores solidarios o de prestación indivisible, es de todo punto justificable; otra determinación sería incompatible con la idea de la extinción de la deuda primitiva y con todo el régimen propio de las obligaciones solidarias y de las indivisibles.

En cuanto al efecto extintivo en beneficio de los fiadores, la justificación también es de inmediata evidencia, pues siendo la fianza un pacto accesorio, una garantía unida a la obligación principal, desaparecida ésta, desaparece aquella. Los autores, por su parte, han reflexionado en el efecto que deberá derivar de una novación convenida entre el acreedor y un fiador; siendo la opinión en el sentido de que ella no afecta la situación del deudor frente al acreedor, salvo desde luego que resultare que hay remisión de la obligación en favor de aquel.

El art. 1287 comprende tanto la fianza personal como la real; lo que se refuerza concordándolo con el numeral 1289.

En el Anteproyecto se agregaba en este punto (art. 240), que los demás codeudores quedaban obligados pese a la novación, si se comprometían en el nuevo contrato; el Código ha sumado esta parte, plausiblemente; desde que basta aplicar aquí las reglas generales. Pero la asunción de tal obligación debe constar expresamente; pues no puede ser presumida.

Podría repararse en que el Código consigna el efecto extintivo de la novación, en lo que se refiere a coobligados (art.

1287) así como en lo que se refiere a seguridades (art. 1289), exclusivamente en lo que respecta a la novación a *parti debitoris*. Las mismas consecuncias se producen en caso de novación objetiva.

Art. 1288.—“En el primer caso del artículo anterior, el acreedor no tiene derecho contra el deudor primitivo ni contra los fiadores de este, a no ser que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda”.

Referencias: Digesto, lib. 17, tit. 1, fr. 45, párrafo 7; Código, lib. 8, tit. 43, 1, 3; Códigos francés, art. 1276; italiano, 1272; portugués, 805; español, 1206; argentino, 816; chileno, 1637; uruguayo, 1532; venezolano, 1340; mejicano, 2223; boliviano, 868; brasileiro, 1002; peruano, 2269.

Propiamente, la cuestión considerada en el art. 1288 no es referible en términos generales a la prescripción anterior (1287), como lo indica dicho artículo 1288. El art. 1287 comprende todo caso de sustitución en la persona del deudor que cause novación; comprende, pues, tanto el caso de expromisión como el de delegación perfecta. El art. 1288 no halla explicación plausible solamente en conexión con la hipótesis de que se trate de la delegación perfecta. Esto se desprende por lo demás, del texto y del sentido racional de los preceptos contenidos en los diferentes códigos que se ocupan del punto.

Se ha reputado que el acreedor al liberar al antiguo deudor, presuntivamente debió condicionar tal liberación a la seguridad de poder ser pagado por el nuevo deudor. Si este, pues, se hallaba en estado de insolvencia, el acreedor podría accionar contra el deudor delegante. El delegatario obró bajo error. De aquí que se exija que la insolvencia sea anterior al acto novativo, pues es inadmisibles que la insolvencia del substituto, que se produzca posteriormente al acto novatorio, refleje contra el deudor primi-

tivo. Esto último, desde luego, sin perjuicio que expresamente se estipule que el acreedor se reserva el derecho de accionar contra el primitivo deudor, si el nuevo deudor cae posteriormente en insolvencia.

El art. 1288 no habla, en verdad, de error de parte del delegatario en cuanto a la insolvencia del nuevo deudor. Y es elogiabile el artículo a este respecto. En efecto, no se traspasa los límites del artificio cuando se habla de una reserva presunta del acreedor, que condicione la liberación del delegante a la circunstancia de la seguridad que tuviera aquél de poder hacer efectiva la deuda asumida por el delegado. Si el acreedor padeció error al aceptar la sustitución, fiando en que la deuda asumida por el substituto sería realizable, ¿por qué tal error ha de venir a repercutir contra el delegante? A nadie podría culpar el delegatario, sino así propio, por su falta de perspicacia o cautela. En consecuencia, no importará para el efecto de hacer renacer responsabilidad en el delegante, la mera circunstancia de la ignorancia por el acreedor de la insolvencia del delegado; lo que importa es otra circunstancia fundamental, que sea causa directa de responsabilidad del delegante. Tal, la mala fé del mismo, consistente en el conocimiento que tuviera de la insolvencia del deudor; a pesar de lo cual, sin revelársela al delegante, le ofreció como substituto a tal deudor insolvente. Sobre el particular, es pertinente reparar que el art. 1002 del Código brasileño dispone que si el nuevo deudor fuese insolvente, no tiene el acreedor acción contra el primitivo deudor, "salvo si este obtuvo por mala fé la substitución".

El art. 1288 consigna las siguientes condiciones para el deudor substituído que resulta responsable: en primer lugar la insolvencia del nuevo deudor debe ser anterior al acto revocatorio. Bien. En segundo lugar, se requiere alternativamente una de estas dos condiciones: o que esa insolvencia sea pública, o que haya sido conocida del deudor delegante. Si lo primero, se reputa que el acreedor conoció de la insolvencia del nuevo deudor; empero aceptó la substitución del nuevo deudor: debe reputarse que aceptó la substitución, pero conservando su derecho de accionar contra el deudor primitivo. Si lo segundo, hay una mala fé del delegante, que la ley no puede amparar; es justo que padezca la sanción natural, de quedar responsable ante el acreedor, por haber conocido la insolvencia del deudor substituto y no haberle advertido al acreedor, cuando un deber elemental de leal-

tad así lo indicaba, habiendo querido aprovechar maliciosamente de tal insolvencia del deudor, en cuanto desconocida por el acreedor, éste aceptó al nuevo deudor y libera así al deudor primitivo.

¿A qué clase de acción contra el delegante tiene derecho el delegatario, en el caso del art. 1288? Los tratadistas se han dividido en dos opiniones. Unos creen que el acreedor no tiene sino un recurso de garantía, una acción recursoria, y que no puede ser demandable al primitivo deudor la deuda que era de su cargo, con sus accesorios, en fuerza a que producida la novación, dicha deuda se extinguió definitivamente. Otros juzgan que tal deuda revive, y con todos sus accesorios, pues la novación se produjo bajo la condición sobreentendida de la solvencia del delegado. Aun cuando este segundo criterio parece haber ganado la adhesión, si no de la mayoría, sí de los más modernos autores, parece no obstante que su fundamentación es quizás débil, ya que cae en el defecto de hacer entrar un supuesto artificioso como fundamento de la conclusión. El texto mismo del art. 1288 da poca luz para decidir con respecto a él, cual de los dos criterios debe serle aplicable, pues se refiere en términos generales al derecho que tenga el acreedor contra el deudor primero. Pero como la disposición hace referencia en seguida a la responsabilidad de los fiadores, y tal responsabilidad es un accesorio de la obligación primitiva, puede colegirse que la ley nacional tiene en mira que el derecho correspondiente al acreedor es el de poder exigir el cumplimiento de la primitiva obligación. Sólo que si acepta la resurrección de la deuda primitiva, no tiene por que limitarse tal efecto a las seguridades personales de la misma; la deuda revivirá con todos sus accesorios y, en consecuencia, la obligación renacerá en relación a toda clase de codeudores y con relación también a las seguridades reales.

El Anteproyecto franco-italiano ha 'suprimido deliberadamente disposición como la del número 1288 de nuestro Código, "por su carácter superfluo, que no hace sino complicar la materia, mientras que sus disposiciones no son sino consecuencias

muy simples de principios generales". Y tal también, como anota Colmo con relación al artículo 816 del Código argentino, "él podría ser suprimido sin inconveniente".

Art. 1289.—"Si el deudor se sustituye, quedan extinguidas las garantías de la obligación anterior".

Referencias: Digesto, lib. 13, tit. 7, fr. 11, párrafo 1; lib. 46, tit. 2, fr. 18; lib. 46, tit. 3, fr. 43; Código, lib. 8, tit. 27, 1, única; Códigos francés, art. 1277 y 1279; italiano, 1274 y 1275; español, 1207; chileno, 1642; argentino, 803; uruguayo, 1534 y 1534; venezolano, 1342 y 1343; portugués, 807; brasileiro, 1003; alemán, 418; peruano, 2271; polaco, 266; mejicano, 2220.

El art. 1289 declara el efecto extintivo que la novación tiene sobre las hipotecas y garantías de la primitiva obligación; pero sólo en el caso de novación por cambio de deudor. Además, no indica que tal efecto pueda ser derogado por estipulación contraria. Sin duda esto último se debe a que el artículo 2271 del Código de 1852, del que es copia el art. 1289 del vigente, recogió la disposición contenida en el art. 1279 del Código francés; pero haciendo que ella perdiera en claridad de concepto. Dispone tal art. 1279 del Código francés, que en caso de novación por sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivos del crédito no pueden pasar sobre los bienes del nuevo deudor. Y esto es lógico, pues como bien observan Demante y Colmet de Santerre, si se constituyen seguridades sobre los bienes del nuevo deudor en garantía de la obligación asumida por este, se trata de nuevas seguridades que se constituyen; no de las antiguas a que estaban afectos los bienes del liberado; lo que acarrea la consecuencia de que si se constituyen tales nuevas seguridades sobre los bienes del segundo deudor, ellas se consideraran existentes a partir de la fecha de su constitución; no pudiendo asumir el rango que correspondía a las seguridades que existían sobre los bienes del antiguo deudor. Pero nadie ha puesto en duda que en caso de novación por cambio del deudor, se puede pactar la reserva por el acreedor respecto a las seguridades a que estaban afectos los bienes del primitivo deudor, en garantía de su obligación. Debe repararse, no obstante, que en tal supuesto no puede hablarse propiamente de novación, que supone

la liberación completa del primitivo deudor; más bien, trátase entonces de una simple adjudicación, de una delegación imperfecta.

De todos modos, prescindiendo de la denominación propia de la operación, no hay duda que debe permitirse la substitución del deudor, pudiendo reservarse el acreedor las seguridades sobre los bienes del primitivo deudor. El art. 1289 debe interpretarse como continente de una regla análoga a la preceptuada por el art. 1279 del Código francés; no como prohibiendo la reserva por el acreedor, de las seguridades de la primitiva obligación. Por otra parte, el artículo sólo concierne a seguridades de carácter real, porque respecto a la fianza se ocupa el artículo 1288.

Ha preocupado hondamente a los autores si en caso de tal reserva, hallándose los bienes en manos de un tercer poseedor, se precisa el consentimiento de este, y si en general, es necesario para la validez de la reserva, que concurra el consentimiento del primitivo deudor.

Respecto a la primera cuestión, una escuela cuyo origen remonta a Pothier, reputa que es indispensable el consentimiento del tercer poseedor. Otra, que se inspira en Toullier, por el contrario conceptúa que no tiene por qué participar tal consentimiento. Y en efecto, el tercer poseedor adquirió el bien con el gravamen constituido; y al mantenerse éste no se hace agravio alguno a aquél. Sería distinta la situación si el tercero adquiriese el bien después de hecha la novación, sin que coetáneamente se hiciera la reserva aludida, pactándose esta posteriormente, después de la adquisición efectuada por el tercero. Pero esto no puede acaecer, debido a que prácticamente se exige que la reserva se pacte, además de en forma expresa, en el acto mismo de convenirse la novación.

Respecto a la segunda cuestión, han discrepado también los autores. Desde luego ella sólo se presenta en caso de expromisión, en que no interviene el primitivo deudor. Para unos, es necesario el consentimiento del primitivo deudor; para otros, nó. Demolombe demuestra la falibilidad de la primera tesis. Desde el punto de vista de la tradición, ella falla en la interpretación del célebre pasaje de Paulo: Digesto. L. 30; *de novationibus*. Desde el punto de vista de la justificación racional, tampoco halla fun-

damentación. El dueño del crédito y de las seguridades afectas, puede disponer de él y de ellas sin intervención del deudor. Así ocurre con la cesión de crédito. Si relativamente a un deudor, un tercero hace el pago, se subroga en los derechos del acreedor, por mandato de la ley en los casos del art. 1269, y por decisión del acreedor en el caso del inciso 1.º del art. 1270; sin intervención del deudor. ¿Qué inconveniente habría para que en el caso cuestionado se considere, no que se transmiten las seguridades a un tercero, sino que simplemente ellas se mantienen en favor del mismo titular del crédito? Este tiene un derecho constituido con respecto a las seguridades; él se conserva mientras no se pague el crédito o se haga remisión del mismo. La asunción de la deuda por el nuevo deudor nada tiene que hacer con el mantenimiento de tal derecho; el cual mantenimiento, mientras no haya pago o remisión, sólo depende del acreedor. De los Códigos, el argentino ha querido dirimir la cuestión disponiendo en el art. 803, que la reserva de las seguridades "no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha".

Art. 1290.—"Para que exista novación es preciso que la voluntad se manifieste indubitadamente en la nueva convenioón, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva.

Las estipulaciones que no se refieren al objeto principal, serán consideradas como que sólo modifican la obligación".

Referencias: Digesto, lib. 46, tit. 2, fr. 2; Códigos francés, art. 1273; italiano, 1269; español, 1204; portugués, 803; argentino, 812; chileno, 1634; uruguayo, 1530; boliviano, 865; venezolano, 1337; suizo, 116; brasilero, 1000; turco, 114; polaco, 264; mejicano, 2215.

Con la primera parte del artículo, destinado a indicar que la novación no se presume, guarda apenas una relación indirecta su segunda parte, indicativa de casos que importando modificaciones accidentales, secundarias en la obligación, no comportan novación. Hubiese sido preferible que esta segunda parte no figurase dentro del dispositivo, y hasta se hubiera podido pres-

cindir de él, por la superfluidad de su contenido. La relación de la segunda parte con la primera consiste simplemente en que pudiendo resultar la novación sin declaración explícita, de manifestación tácita de la voluntad, consistente en hechos que acrediten la incompatibilidad entre la nueva obligación y la antigua, la ley quiere advertir que las alteraciones que no afecten el objeto principal o la causa de la obligación, sino a sus elementos accidentales o secundarios, no pueden reputarse como constituyendo manifestación tácita de novar.

La primera parte del artículo, al indicar que para que haya novación precisa que la voluntad en tal sentido se manifieste claramente, o que resulte de incompatibilidad entre la primitiva y la nueva obligación, meramente quiere indicar que la novación no se presume; como lo expresa el art. 812 del Código argentino, inspirador del 1290 del Código nacional, o mas propiamente, que la misma no se presupone. Ello se "justifica plenamente, puesto que la novación implica la renuncia al derecho de exigir el cumplimiento de la primitiva obligación, y la voluntad de renunciar no solamente no se presume, sino que la interpretación de los hechos tendientes a establecerla debe ser restrictiva; era necesario por consiguiente que esa voluntad surgiera claramente de la convención o resultase incontestablemente de la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación. En cuanto al deudor, desconocidas las novaciones *ex lege* del derecho romano en la época clásica, la voluntad de contraer una nueva obligación no puede ser presumida". (Salvat).

La voluntad de novar es susceptible de resultar, pues, de una manifestación de voluntad; tal manifestación puede ser expresa, formulada *expresiss verbis*, aunque no precisen términos sacramentales, o tácita, cuando derive del *quod actum est*, de los hechos mismos, que revelen que se ha extinguido una obligación para crear otra nueva.

Al indicar el precepto de 1290 simplemente que la voluntad originante de novación debe manifestarse indubitadamente, descarta la desatinada disposición que se contenía en el número 2266

del Código derogado, que exigía que la novación se practicara por escrito. El artículo 1273 del Código de Napoleón dice: "La novation ne se presume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte". El autor del Código peruano del 52, al elaborar el art. 2266 debió tener en consideración el citado artículo 1273 del Código francés. Pero apreció mal su sentido, reputando que el término *l'acte* era tomado como expresión de instrumento, de una forma escrutinaria. Tal interpretación es errónea. Escribe Baudry Lecantinerie: ¿"Al decir que la novación debe resultar claramente del acto (*de l'acte*), la ley entiende decir que la voluntad de novar debe necesariamente constar por escrito? No lo pensamos así. Ello sería hacer de la novación un contrato solemne y no se percibiría la razón de ser de semejante disposición. La palabra acto (*acte*) nos parece tomada no en el sentido de *instrumentum*, sino como designando *id quod actum est*, es decir, de acto jurídico, *negotium* que se ha producido, la convención, en una palabra". Como enseña Giorgi: "la novación no se presume y debe resultar claramente de lo que han hecho las partes; pero la ley no requiere que la voluntad se declare de un modo explícito; y cuando los Tribunales reconocen, como hemos dicho poco antes, que entre el hecho de las partes y la voluntad de mantener la obligación primitiva hay contradicción absoluta, la novación tácita es una consecuencia necesaria de dicho juicio".

El carácter formalista de la novación sólo se halla en el derecho romano. La diferencia fundamental entre el mismo y el derecho moderno sobre el particular, reside precisamente en que este último despojó a la novación de tal carácter formalista. Se limita a indicar que la novación no se presume, que ella debe resultar claramente expresada.

En cuanto a la segunda parte del artículo 244, nos remitimos a lo dicho anteriormente con referencia a la novación por cambio en el objeto de la obligación.

Art. 1291.—“La novación por cambio de deudor puede efectuarse sin conocimiento de éste”.

Referencias: Digesto, lib. 46, tit. 2, fr. 8, párrafo 5; Códigos francés, art. 1274; italiano, 1270; español, 1205; portugués, 804; argentino, 815; chileno, 1631; uruguayo, 1529; venezolano, 1338; mejicano, 1605; boliviano, 866; japonés, 1514; brasileiro, 1001.

La disposición solamente es referible al caso en que el primitivo deudor es liberado de su obligación. Esto ocurre en el caso de expromisión o de delegación perfecta. Pero esta última se genera a iniciativa del deudor primitivo. De esta suerte, la disposición 1295 concierne exclusivamente al caso de expromisión.

No precisa entonces, que intervenga el consentimiento del primitivo deudor, pues la abdicación del crédito por el pretensor es acto unilateral de este, y porque como el nuevo deudor asume la obligación, ella puede reputarse como un caso de pago por terceros, funcionando el axioma de *solutionem pro nobis accipiendo, et invite et ignorantes liberari possumus*.

La novación por vía de expromisión puede hacerse sin la participación del deudor liberado, y aún contra su voluntad; como ocurre tratándose del pago (art. 1235).

La liberación del deudor tiene carácter irrevocable; la obligación no podría revivir por *contrarius sensus* entre el acreedor y el expromisor, por rigor del principio de *obligatio semel extincta non reviviscit*.

No exige el artículo, como ocurre en algunos Códigos, que haya declaración expresa de desobligar al primitivo deudor; así sobre el particular se aplicarán las normas del art. 1290.

Art. 1292.—“La obligación simplemente anulable queda confirmada por la novación”.

Referencias: Digesto, lib. 46, tit. 2, fr. 1, párrafo 1; Códigos portugués, art. 810 y 812; español, 1208; argentino, 802; chileno, 1630; uruguayo, 1527; mejicano, 2218 y 2219; brasileiro, 1007 y 1008.

La novación actúa en el caso a que se contrae el dispositivo, como acto que hace convalecer a la obligación que padece del vicio que la hace anulable; siempre que la novación se haga con conocimiento precisamente de tal vicio y sin que se incurra en ningún otro, que haría tachable el acto que se estima como importando novación. Como solo una obligación anulable es confirmable y no una nula, la novación no puede funcionar con respecto a esta última. Crome dice: "Defectos de la antigua obligación son igualmente defectos de la nueva o causas que la hacen ineficaz en tanto que la nueva obligación no tenga validez abstracta (por ejemplo una letra). En tanto que los defectos de la antigua obligación son reparables mediante confirmación, puede actuar la novación en ciertas circunstancias como confirmación, siempre que se conozcan los vicios". Cuando la obligación es absolutamente nula no existe en derecho; no tiene, pues, posibilidad de ser confirmada y consecuentemente de ser novada. Siendo por el contrario anulable, como el vicio puede ser subsanado por la confirmación, la ley admite que sea novada y que la novación importe ratificación, si fuera válidamente hecha y si fuera celebrada con conocimiento de los motivos de anulabilidad.

Art. 1293.—"Cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación si llega a faltar la condición puesta en la segunda, salvo pacto en contrario".

La regla fluye naturalmente del carácter de las condiciones y la disciplina legal que les es propia. Resulta así superflua. Son contados los Códigos que tienen preceptos como el consignado: Argentina (art. 807 y 808); Chile (art. 1633); Méjico (art. 2216).

Si la condición es suspensiva y ella se realiza, la novación se produce y la segunda obligación deviene exigible; si no se realiza, no hay novación y tal segunda obligación no es exigible. Si la condición es resolutoria, desaparece la novación si aquella se cumple, y queda firme si no se cumple.

El Código hace la salvedad de que los efectos indicados se producirán salvo estipulación en contrario. En tal caso las par-

tes vendrían a pactar una convención aleatoria; y entonces la primera obligación no puede ser exigible mas, aunque la condición suspensiva puesta en la segunda obligación no acaezca, o aunque acaezca la condición resolutoria puesta en tal obligación; y la segunda obligación será exigible si la condición suspensiva se produce o si no se produce la condición resolutoria.

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

El derecho romano distinguió una novación voluntaria y una necesaria. Esta última se producía por efecto mismo de la ley en el caso de la *litis contestatio* y de las *actio judicati*. Pero hoy se rechaza esta *novatio necessaria*.

En lo que respecta a la *litis contestatio*, Colmo relata el estado de la cuestión en los siguientes términos: "Se sostiene que la *litis contestatio*, esto es, la traba de una contienda judicial por demanda y contestación, implica novación por cambio de causa. Se invoca al efecto la tradición, sobre la base de un texto de las *Institutas* de Gayo (lib. III, párr. 180) y se resuelve, en consecuencia, que como la *litis* tiene la virtud de ligar a las dos partes en el juicio, que deben seguirlo y terminarlo tal como ha sido trabado, la obligación (o las obligaciones recíprocas) que las vinculan ya no dimana de la causa antigua u originaria, sino de ese juicio, que ha substituído así al vínculo primitivo. Es bueno hacer constar que el texto que se cita no es claro, y que la *novatio necessaria* que en tal virtud se requiere, dista de ser tal, como puede verse en no contados autores, algunos de los cuales llegan a negar el efecto novativo que se pretende en la *litis contestatio*, como pasa con Demangeat y con Maynz, y como más categóricamente ocurre con Girard, con Cuq, Windscheid, Fadda y Bensa. En todo caso, se trata del juicio romano, y no del nuestro, que obedece a principios tan distintos, entre los cuales no figuran, como en aquel, las fórmulas sacramentales y solemnes que implicaban, como en la *stipulatio*, toda una creación jurídica.

Basta observar que en nuestro derecho la *litis contestatio* no implica otra cosa que un asunto de orden puramente procesal; *el pleito queda concluso para la prueba*, como lo dice el art. 103 del Código nacional de procedimientos, por donde da pie para la excepción de *litis pendencia* y hace pasible de las cosas a

quien lo abandone, que, además, puede estar sujeto al juicio de rebeldía en su contra. En nada de ello hay algo que tenga que ver con el cambio de prestación, de sujeto, etc. que es lo único que puede producir novación”.

Tratándose de la sentencia judicial tampoco cabe hablar de novación necesaria. Escribe el mismo Colmo: “También se pretende por muchos que la sentencia judicial importa otra novación. El acreedor en tal virtud, deriva su título no del acto originario, sino de la sentencia, que es coercitiva, que supone el *imperium* y que, por lo mismo, resulta un título propio y bien distinto del anterior, y privado, al cual se substituye. Al efecto se invoca diversos textos romanos, que se procura modernizar y adaptar a nuestro derecho contemporáneo. Y se olvida de dos cosas: 1.^a que esos textos son poco categóricos, al extremo de que resultan a veces contradictorios, y que, a lo sumo, sólo demuestran que la sentencia entraña alguna innovación en el derecho, en cuanto le actualiza eso de la coercibilidad y del *imperium* (que virtualmente se contienen en cualquier derecho, y que así, todo derecho supone), sin que de ello se siga la novación que se tiene cuando se cambia una obligación por otra; 2.^a que en el mejor de los supuestos, tales pasajes romanos tienen su explicación, lo propio que los de la *litis contestatio*, en las características solemnes y sacramentales del respectivo derecho, que llegaba a considerar como distintos dos derechos idénticos que entraban en categorías jurídicas diferentes (la *stipulatio*, por ejemplo, era *stipulatio* y no préstamo, compra o lo que fuere, pues el acto correspondiente había pasado por el molde de aquella y en él se había transformado). Pero no puedo detenerme en estas cosas. Sólo hago constar lo que sigue: 1.^o, es imposible ver en la sentencia de nuestro derecho novación alguna, por lo mismo que el juez debe pronunciarse sobre lo alegado y probado, para decir si se ha demostrado el préstamo o la compra, o lo que fuere, y así para limitarse a declarar y nunca a crear, el derecho de las partes tal como éstas lo han invocado y justificado; 2.^o ya he rozado el punto más de una vez, particularmente a propósito del art. 700, donde he insistido acerca de la función puramente declarativa y jamás creadora, de la sentencia (y a menos de sentencias constitutivas, que no cuadran en asuntos pecuniarios, y por eso no contemplo: v. Chiovenda, Principii, I 79 y ss), y que además he procurado cimentar con citas de autores contemporáneos; 3.^o los mismos tratadistas romanos llegan a desconocer

esa novatio necessaria de la sentencia (Maynz, I, 141; Poste, en su citado estudio de las *Institutas* de Gayo, 421; Girard, 704; Windscheid, I, 129 n 4-5; Fadda y Bensa en Windscheid, I, n E, 1195; sin contar a Savigny, V, CCLXXXI); 4.º es ello aun más cierto en derecho contemporáneo, de parte de codificaciones como la procesal germánica (art. 894: *La declaración de voluntad queda prestada al convertirse en cosa juzgada mediante la sentencia*), que ha querido sacudir explícitamente cualquier sugestión romanista como esa, y de parte de autores como los que cito en mi *Prescripción en derecho comercial*, 249 y siguientes, o como los que especifico más adelante, siendo de observar a este último propósito que los más modernos y autorizados suelen desautorizar la supervivencia de tal anomalía, según pasa con Gianturco, *Sistema*, I, 90, Chironi y Abello, 677, Fadda y Bensa, nota E del tomo I de Windscheid, el mismo Chiovenda, *Principii*, 135-6-45-79, etc., y *Nuovi saggi*, 33 y 41 a 3, o con L. Lordini en *R. D. Comm.* VIII, 2.ª parte, 671; Salvat, II, 1688, Jofré, III, pp 82 y 295, etc.; 5.º; y se vuelve de toda evidencia si se tiene en cuenta que la sentencia guarda relación íntima con lo meramente procesal de la acción, de que es expresión última, y que así es eminentemente declarativa, y no creadora, del derecho perseguido mediante la acción. (Coviello, I, 158 y 188; A. Rocco, 32 y ss. y 55 y ss.; A. Gotti, 187; Gangi, 21 y ss.; U. Rocco, 63, 71 y ss., 82 y 117; etc.)”

Si cabe hablar, en cierto modo, de una novación legal en los casos que Cornejo se refiere con relación a legislación nacional: “a) la que se operó a virtud de las leyes de redención de censos que substituye a la obligación de pagar el canon respectivo, por la que asumió el Estado de hacer el servicio de la deuda interna que entregaba en pago de los capitales impuestos; b) la que se ha operado igualmente en virtud de la ley que establece la redención de la enfiteusis”.

(Continuará)

JOSÉ LEON BARANDIARÁN.