



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO FAVOR DEBITORIS EN
LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL**

PRESENTADA POR

JORGE ABDON GONZALEZ BRONCANO

ASESOR

GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
ESPECIALIDAD DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

LIMA – PERÚ

2019



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

La autora sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**“INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO FAVOR DEBITORIS EN LAS NORMAS DEL
CÓDIGO CIVIL”**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
ESPECIALIDAD DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

PRESENTADA POR:

JORGE ABDON GONZALEZ BRONCANO

ASESOR:

MAG. GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA

LIMA, PERÚ

2019

DEDICATORIA

A mis padres por transmitirme su perseverancia.

A mi esposa por su amor incondicional.

A mis hijos por ser el soporte de mi vida.

AGRADECIMIENTO

Al Mg. Gustavo Enrique Montero Ordinola por su colaboración en el desarrollo de la presente tesis.

ÍNDICE

RESUMEN.....	V
ABSTRACT	VI
INTRODUCCIÓN.....	VII
CAPÍTULO 1: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	2
1.2.1. <i>Problema General</i>	2
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	2
1.3.1. <i>Objetivo General</i>	3
1.3.2. <i>Objetivos específicos</i>	3
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	3
1.4.1. <i>Importancia de la investigación</i>	4
1.4.2. <i>Viabilidad de la investigación</i>	4
1.5. LIMITACIONES DE ESTUDIO	4
1.6. MARCO TEÓRICO	5
1.6.1. <i>Antecedentes de la Investigación</i>	5
1.6.2. <i>Bases teóricas</i>	6
1.6.3. <i>Definición de Términos básicos</i>	8
1.6.3.1. Favor Debitoris	8
1.6.3.2. Relación obligatoria	8
1.6.3.3. Derecho de Obligaciones	8
1.6.3.4. Contrato.....	9
1.7. METODOLOGÍA	9
1.7.1. <i>Diseño metodológico</i>	9
1.7.2. <i>Aspectos éticos</i>	9
1.8. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES.....	9
CAPÍTULO 2: EL FAVOR DEBITORIS Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	11
2.1. CONCEPTO DE PRINCIPIO GENERAL.....	11
2.2. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS	13
2.3. FUNCIONES QUE CUMPLEN LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO.....	15
2.4. EL FAVOR DEBITORIS COMO PRINCIPIO GENERAL	17
2.5. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	20
2.5.1. <i>El favor debitoris en el Derecho Romano y a lo largo de la historia</i>	20
2.5.2. <i>El favor debitoris a partir del derecho comparado y su trascendencia en los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984</i>	24
CAPÍTULO 3: LA RELACIÓN OBLIGATORIA.....	28
3.1. CONCEPTO DE RELACIÓN OBLIGATORIA	28
3.2. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA	30
3.3. LA PRESTACIÓN COMO OBJETO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA	32
3.4. NACIMIENTO DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS.....	33
3.4.1. <i>Obligaciones derivadas de los negocios jurídicos</i>	34
3.4.2. <i>Obligaciones derivadas de la conducta social típica (“relaciones contractuales de hecho”)</i>	35
3.4.3. <i>Relaciones de obligación nacidas de hechos legalmente reglamentados</i>	37

3.4.4. Relaciones de obligación nacidas de disposición estatal con carácter constitutivo en materia de derecho privado.....	38
3.5. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA.....	38
CAPÍTULO 4: EL ROL DEL ESTADO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA.....	46
4.1. FUNCIONES DEL ESTADO.....	46
4.2. LA LIBERTAD CONTRACTUAL.....	48
4.2.1. La libertad de conclusión.....	49
4.2.2. La libertad de configuración interna.....	51
4.3. ROL DEL ESTADO EN LA FORMULACIÓN DE NORMAS CIVILES AL AMPARO DEL ESPÍRITU DEL FAVOR DEBITORIS.....	54
4.4. FACULTADES DEL DEUDOR DE LIBERARSE DE LA OBLIGACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE SUS INTERESES.....	58
4.5. JUSTIFICACIÓN PARA INAPLICAR EL FAVOR DEBITORIS EN NUESTRO ORDENAMIENTO CIVIL.....	59
4.6. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.....	63
CAPÍTULO 5: REGULACIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO FAVOR DEBITORIS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984.....	66
5.1. PAGO.....	69
5.1.1. Presunciones de pago establecidas en favor del deudor.....	70
5.1.1.1. Presunción de pago total.....	70
5.1.1.2. Presunción de pago de intereses.....	73
5.1.2. Lugar de prestación de las obligaciones.....	75
5.2. LA ELECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS OBLIGACIONES CON PRESTACIÓN DE DAR UN BIEN INCIERTO Y CON PRESTACIONES ALTERNATIVAS.....	81
5.3. PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD PASIVA.....	88
5.4. MORA.....	93
CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES.....	103
REFERENCIAS.....	106

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación nos ocuparemos del problema que se presenta en las relaciones obligatorias al favorecer normativamente al deudor por su sola condición de tal, en la creencia de que el deudor es la parte débil de la relación obligatoria, visión que tuvo razón de ser en escenarios donde el deudor no solo respondía con su patrimonio sino que ante un eventual incumplimiento el objeto de la relación obligatoria también lo constituía su propio cuerpo. En el mundo moderno donde la responsabilidad patrimonial del deudor no engloba una responsabilidad personal, se hace innecesaria seguir legislando a favor del deudor en clara contravención a los intereses del acreedor; por lo que, la intervención del Estado debe estar encaminada más bien a una reforma integral del Código Civil despercudiéndose del espíritu del *favor debitoris* y en su reemplazo regular para garantizar el cumplimiento de la prestación de ambas partes, mejor aun cuando en este mundo el consumo constituye uno de los motores que mueve la economía nacional. No cabe elevar a principio al *favor debitoris*, razón por la cual no tiene existencia expresa en el ordenamiento civil, pues su incorporación al Código Civil ha venido dándose más bien por la influencia del Código de Napoleón que de un análisis de nuestra realidad social, la cual en el derecho moderno viene cambiado estrepitosamente.

ABSTRACT

In the present research work we will deal with the problem that arises in mandatory relationships by normatively favoring the debtor by his sole condition of such, in the belief that the debtor is the weak part of the mandatory relationship, a vision that was right be in scenarios where the debtor not only responded with his patrimony but before a possible breach the object of the obligatory relation also constituted his own body. In the modern world where the debtor's patrimonial responsibility does not encompass a personal responsibility, it is unnecessary to continue legislating in favor of the debtor in clear contravention of the creditor's interests; Therefore, the intervention of the State should be aimed more at an integral reform of the Civil Code, discarding the spirit of the *favor debitoris* and its regular replacement to guarantee the fulfillment of the benefit of both parties, even better when in this world the consumption it is one of the engines that drives the national economy. It is not possible to elevate to a principle the *favor debitoris*, which is why it has no express existence in the civil order, since its incorporation into the Civil Code has been due to the influence of the Napoleonic Code rather than an analysis of our social reality, the which in modern law has changed radically.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad gran parte de nuestra legislación civil, sobre todo en el libro de Las Obligaciones y Fuentes de las Obligaciones, conservan su nacimiento bajo el espíritu del caduco *favor debitoris*, el cual eleva al deudor, por su sola condición de tal, a la naturaleza de débil de las relaciones obligatorias, ello con el fin de equilibrar la posición ventajosa que presenta el acreedor frente a su deudor, quien se ve sometido a sus exigencias en el cumplimiento de su prestación.

Pero si seguimos considerando al deudor como la parte débil de la relación obligatoria, estamos fomentando el incumplimiento de su prestación frente a su acreedor, quien ha sido el primero en cumplir con su prestación y espera la misma consideración de su deudor, el mismo que al verse amparado por una legislación proteccionista no hará más que hacer uso de las bondades que le presenta la norma para burlar su deber, dado que las normas que favorecen al deudor están presentes desde el nacimiento de sus obligaciones.

El fundamento de la protección del deudor como la parte más débil de la relación obligatoria ha podido tener vigencia en la época romana, en donde el deudor garantizaba la deuda con su persona, pero eso ha perdido vigencia dado que, en nuestros días, el deudor solo responde con su patrimonio; es por ello que la influencia del Código de Napoleón desde la dación del Código Civil de 1852 hasta nuestro actual Código Civil de 1984 debe ser adecuada a nuestra realidad social actual.

El presente trabajo intenta responder si en la actualidad bajo el marco de la relación obligatoria deudor-acreedor resulta necesario mantener la figura del *favor debitoris* en nuestro Código Civil; al respecto debemos manifestar que, en una economía moderna en la que las personas cada vez más se encuentran relacionadas por el consumo, nuestra legislación debe orientarse al cumplimiento de la prestación por ambas partes de la relación obligatoria desterrando toda favorabilidad a una de las partes como es el deudor.

Para lograr un equilibrio real entre acreedor y deudor en las relaciones obligatorias resulta de suma importancia hacer una revisión global de las instituciones que sustentan el Código Civil en el tema de las obligaciones y los contratos, desterrando el espíritu del *favor debitoris* de nuestra legislación civil, máxime si dicha regla no está prevista expresamente en el Código Civil, sino encuentra reflejo de otros tiempos antiguos donde el objeto del contrato era incluso la persona misma del deudor.

La realidad actual nos demuestra que no existe cultura de pago por parte de los deudores, ello consideramos se debe en gran parte a la intervención estatal para favorecer al deudor en la creencia de que éste es la parte débil de la relación obligatoria; lo cual no es cierto, sino ha servido para complicar la exigencia del acreedor de ver satisfecha su prestación, toda vez que la normatividad vigente no apoya que el acreedor litigue en igualdad de condiciones, tal es el caso por ejemplo que el deudor ha de recurrir al órgano jurisdiccional del lugar del domicilio del deudor para exigirle su contraprestación o intimarlo en mora para que recién resulte exigible su contraprestación.

Consideramos que el tratamiento del tema de la inaplicación del favor debitoris en las normas del Código Civil debe nacer de una modificación global de las instituciones que regulan el ordenamiento civil y no de una actuación reactiva ante la advertencia de un artículo en especial que favorezca al deudor, razón por la cual creemos que las distintas comisiones creadas para la reforma del Código Civil no han tenido éxito hasta la fecha.

En ese sentido, en el primer capítulo del presente trabajo empezaremos planteándonos el problema; luego en el segundo capítulo desarrollaremos la evolución del *favor debitoris* en la historia, llegando incluso a tratar sobre la discusión existente en que si el favor debitoris debe ser considerado como principio o no; en el tercer capítulo nos referiremos a la relación obligatoria y los sujetos y objeto que la conforman.

En el cuarto capítulo analizaremos el rol del Estado en la contratación privada, la libertad de contratar; así como la posición del consumidor al amparo de la Ley de Protección y Defensa del Consumidor y finalmente en el quinto capítulo realizaremos un análisis de la regulación actual del *favor debitoris* en el Código Civil de 1984 analizando a modo de muestreo algunos artículos vigentes del Código Civil que se encuentran revestidos bajo el espíritu del *favor debitoris*, cuya modificación legal lo proponemos a manera de recomendaciones.

CAPÍTULO 1: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la situación problemática

Actualmente muchos artículos contemplados en nuestro ordenamiento civil, especialmente en los libros de Las Obligaciones y Fuentes de las Obligaciones del Código Civil de 1984 se encuentran enmarcados dentro del espíritu de uno de los principios de muy larga data, el llamado *favor debitoris*, el cual trasciende desde el Derecho Romano, ya que dicho principio tiene dentro de sus cualidades en caso de cláusulas dudosas el de proteger a la parte más débil de la relación obligatoria, reconociéndolo como tal al deudor, lo cual en la época romana era entendible pues el deudor incluso entregaba en garantía su propio cuerpo, lo que significaba que en caso de no honrar sus deudas hasta podría ser puesto en prisión por su acreedor, quien tenía facultades de reducirlo a la esclavitud, venderlo e inclusive matarlo y descuartizarlo a fin de repartir su cuerpo en pedazos; sin embargo, en nuestros días este principio ha perdido vigencia ya que ahora el deudor solo responde con su patrimonio, pues hasta en la responsabilidad personal cuyo objeto implica un determinado comportamiento del obligado, la base material de la misma sigue siendo patrimonial; a ello se suma

que, nuestra Carta Magna ha establecido que no hay prisión por deudas, sino por incumplimiento de los deberes alimentarios.

De lo expuesto podemos colegir que, el deudor responde con sus bienes, pero no con su persona, lo que significa que de seguir brindando protección especial al deudor, bajo el espíritu del *favor debitoris*, se le estará beneficiando indebidamente; pues si bien es cierto en una relación obligatoria hay dos partes, una de ellas es el acreedor quien al momento de la transacción normalmente es el que cumple primero con su prestación quedando sujeto a la voluntad del cumplimiento del deudor; sin embargo, el deudor amparándose en la protección del espíritu de este principio plasmado en nuestro ordenamiento civil, en muchos casos hasta tiende a perder interés en el cumplimiento de su obligación conforme se había comprometido al momento del perfeccionamiento del acuerdo, todo esto en perjuicio de su acreedor.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema General

¿Es necesario en la actualidad, bajo el marco de la relación obligacional deudor- acreedor, mantener la figura del *favor debitoris* en nuestro Código Civil?

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo General

Demostrar que en la actualidad la vigencia del *favor debitoris*, en el ordenamiento jurídico civil, se encuentra desfasado, por la desigualdad que presenta al favorecer a una de las partes de la relación obligatoria, como es el deudor, pues habiendo prestaciones recíprocas, estas deben beneficiar tanto al acreedor como al deudor.

1.3.2. Objetivos específicos

Modificar el ordenamiento jurídico civil relegando del espíritu del *favor debitoris* y adecuando la codificación civil a nuestra realidad contemporánea con protección de ambas partes (Acreedor-deudor).

1.4. Justificación de la investigación

Regular nuestro ordenamiento jurídico civil despercudiéndolo del espíritu del *favor debitoris* resulta de suma importancia por cuanto cambia el enfoque proteccionista del deudor a favor de ambas partes de la relación obligatoria (Acreedor-deudor), los mismos que pueden comprometerse en igualdad de condiciones, incentivando de esa manera la formalidad en las relaciones obligatorias y la confianza entre las partes que verán satisfechas sus prestaciones sin tener que recurrir a engorrosos medios de exigir su contraprestación cuando por el paternalismo estatal las normas están reguladas sólo a favor del deudor.

1.4.1. Importancia de la investigación

Nuestro ordenamiento jurídico civil, en especial los libros de Las Obligaciones y Fuentes de las Obligaciones del Código Civil de 1984 tienen arraigada influencia romana, lo cual continua latente desde los Códigos Civiles de 1852 y 1936, pues siendo estos libros los que en su mayoría contienen artículos que conllevan al nacimiento de las relaciones obligatorias entre las partes, lo cual permite la circulación de bienes y servicios en aras de la satisfacción de las necesidades de las personas, resulta de vital importancia que en nuestra época se desliguen de principios de base romana, como es el espíritu del *favor debitoris*, sino más bien deben desarrollarse al mismo ritmo en que se mueven los agentes económicos.

1.4.2. Viabilidad de la investigación

La presente investigación será posible concretizarlo mediante recopilación de información nacional y extranjera en aras de recoger antecedentes que nos conlleven a determinar lo más favorable para nuestra legislación civil, para lo cual se contará con los recursos humanos, financieros y materiales suficientes tendientes al logro del objetivo.

1.5. Limitaciones de estudio

No existen limitaciones para el desarrollo de la investigación.

1.6. Marco Teórico

1.6.1. Antecedentes de la Investigación

El tema del *favor debitoris* ha sido abordado por muchos tratadistas de manera separada para cada artículo y no de manera global como se pretende con la presente investigación, los mismos que en algunos casos han llevado a la modificatoria de determinados artículos del Código Civil, tal es el caso del **artículo 1562 Improcedencia de la acción resolutoria**, cuyo texto actual es el siguiente “Las partes pueden convenir que el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si el comprador hubiese pagado determinada parte del precio, en cuyo caso el vendedor sólo podrá optar por exigir el pago del saldo.” el cual es producto de la modificación realizada por la Ley N° 27420 publicada el 07.02.2001, pues antes de dicha modificatoria se establecía: “En el caso del artículo 1561, el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si se ha pagado más del cincuenta por ciento del precio. Es nulo todo pacto en contrario.”; apreciándose por tanto que dicho artículo se catalogaba como una norma imperativa, por ello en su parte final disponía que es nulo todo pacto en contrario, en caso de haber pagado más del cincuenta por ciento, siendo ello así dicha regla habría sido introducida con el propósito de evitar que el vendedor que ha actuado como la parte fuerte de la relación obligatoria, imponga de otro modo una renuncia que sería lesivo e injusto para el comprador, favoreciendo de esa manera en aplicación del *favor debitoris* al deudor.

Conforme se puede apreciar de la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984 se ha persistido en influenciar al actual código con el Código Civil de 1936 que contiene reglas trasladadas del derecho romano, tal es así que los libros de Las Obligaciones y Fuentes de las Obligaciones han sido reguladas bajo el espíritu del *favor debitoris* y en un período en que el país se encontraba atravesando un proceso inflacionario, por ello al explicarse las razones para legislar el artículo 1099 del Código Civil en la Exposición de Motivos se redactó textualmente “El legislador deja constancia que de no regularse el supuesto de la obligación determinable, la contratación y el crédito se verían seriamente dañados, más aún que el país vive un proceso de inflación que no puede desconocerse; y en la medida, que no establezcan soluciones prácticas y sencillas el acceso al crédito podría reducirse sensiblemente”.

Cabe precisar que, a lo largo de la vigencia del Código Civil de 1984 se han formado varias comisiones de trabajo para elaborar el Proyecto de Reforma del Código Civil, las cuales hasta la fecha no han surtido sus frutos, a ello se suma que en términos generales no se propone una reforma integral acorde a los retos que presenta la sociedad contemporánea, pues en muchos casos se sigue manteniendo el espíritu del *favor debitoris*, a pesar que el Libro de Las Obligaciones tiene tal importancia que los lineamientos que se adopten en él influirán en todo el cuerpo normativo del Código Civil, de allí su importancia de reforma integral.

1.6.2. Bases teóricas

Con relación al estudio del *favor debitoris* quisiera destacar los siguientes planteamientos:

El principio de protección del deudor se ha plasmado en diversas instituciones del Derecho Contractual: la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, las limitaciones en diversos plazos contractuales, etc. Y se sustenta en la siguiente premisa: “el deudor es la parte débil de la relación contractual”. La consecuencia inevitable de la adopción de ésta premisa como base conceptual para el diseño de normas legales es evidente: el ordenamiento jurídico debe contemplar mecanismos para evitar que el acreedor cometa abusos en perjuicio del deudor. La pregunta que debemos formularnos, es: ¿es válida ésta premisa? (Salinas Rivas, 2001, pág. 110).

El *favor debitoris* debe ser tenido en cuenta por los jueces como principio orientador al interpretar la ley, pero adviértase que el fundamento de esta regla es siempre una finalidad de justicia, ya que se propone restablecer el equilibrio entre las partes, porque presume que el deudor suele ser, en la mayoría de los casos, la parte más débil de la relación jurídica obligatoria. Sin embargo, no siempre sucede así y en numerosas hipótesis la situación del deudor no sólo es más holgada económicamente, sino hasta suele encontrarse en situación de preeminencia y -como enseñaba nuestro maestro, Pedro LEÓN- gozar de ventajas que le permiten imponer a su arbitrio las condiciones de la obligación, como sucede, por ejemplo, en los contratos de seguro, donde la parte débil suele ser el asegurado, es decir, el acreedor. En tales casos no podrá echarse mano al principio del *favor debitoris* para interpretar las obligaciones (Moisset de Espanés, 2004, pág. 73).

Crédito existe entonces en toda operación en que la ejecución de las operaciones no es simultánea (...) La no simultaneidad concede a una de las partes (el deudor) una ventaja estratégica: ha visto satisfecho su interés mientras que el acreedor queda sujeto a que satisfaga el suyo en el futuro. Esa ventaja estratégica es significativa y, en ausencia de un sistema legal sería insuperable (...) El principal problema es que los deudores no pagan. Pero ello no se deriva sólo de que los peruanos seamos unos vivos, sino de que el marco legal no favorece el pago. ¿Por qué? En primer lugar están los ciertos principios absurdos del sistema legal, que van más allá de los textos de las normas para impregnarse en la mente de muchas personas que no entienden cómo funciona la economía. Para colmo de males muchas de esas personas son congresistas que presentan proyectos supuestamente dirigidos a proteger a los deudores. El peor de esos principios es el famoso “pro debitoris” que busca favorecer al deudor. Se basa en la idea de que el deudor es la parte débil de la relación y por ello necesita ser protegido. El resultado es una serie de normas que en caso de conflicto trasladan el problema al acreedor y se lo alivian al deudor (Bullard Gonzalez, 2002, pág. 5).

1.6.3. Definición de Términos básicos

1.6.3.1. Favor Debitoris

Principio que tiende a suavizar la situación de los deudores. La regla *favor debitoris* es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones.

1.6.3.2. Relación obligatoria

La relación obligatoria es aquella relación jurídica por la que dos o más personas se obligan a cumplir y adquieren el derecho a exigir determinadas prestaciones. La relación obligatoria es una relación jurídica compleja que liga a los sujetos que en ella se encuentran y que constituye un cauce de realización de finalidades sociales o económicas en torno a determinados intereses lícitos y tutelados por el ordenamiento jurídico.

1.6.3.3. Derecho de Obligaciones

El derecho de obligaciones o de crédito, regula las relaciones jurídico-obligacionales mediante los derechos personales o de crédito, los mismos que atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión.

1.6.3.4. Contrato

El Artículo 1351 del Código Civil define: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

1.7. Metodología

1.7.1. Diseño metodológico

La siguiente investigación es de carácter no experimental.

1.7.2. Aspectos éticos

El investigador declara que respetará los derechos de autor y todos los aspectos éticos necesarios para desarrollar la investigación.

1.8. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

Mes	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto
Actividades						
Presentación del Plan de Tesis						
Inicio de recolección de datos						
Desarrollo del Capítulo 01: Marco Teórico Capítulo 02: Metodología						

Desarrollo, Resultados y discusión del tema propuesto						
Formulación de Conclusiones y Recomendaciones Fuentes de la información						
Presentación del proyecto de Tesis						

CAPÍTULO 2: EL FAVOR DEBITORIS Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

2.1. Concepto de principio general

La discusión relacionada a los principios jurídicos en la teoría del Derecho reciente se originan en la obra de Dworkin, aunque los teóricos del derecho y los juristas usan la expresión “*principios jurídicos*” (o “*principios generales del derecho*”) en diversos sentidos (Atienza & Ruiz Manero, 1996). Tomando en cuenta los análisis de Carrió (1986) y Guastini (1990), Atienza y Ruiz Manero (1996) enumeran las acepciones más significativas de los principios de la siguiente manera:

- a) «Principio» en sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. Por ejemplo, el artículo 1091 del Código civil español, cuando se establece que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos» (...).
- b) «Principio» en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, como el artículo 7, apartado 2 del Código civil español: «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo»(...).
- c) «Principio» en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines. Por ejemplo, el artículo 51.1 de la Constitución española: «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo,

mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

d) «Principio» en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc. Por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución española: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

e) «Principio» en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. Por ejemplo, el artículo 4, apartado 2 del Código civil: «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

f) «Principio» en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados en el derecho positivo. Ejemplo de lo primero (al menos en el derecho español) el principio de jerarquía normativa (en el art. 9.3 de la Constitución). De lo segundo, el principio del legislador racional que, aún sin estar formulado explícitamente en nuestro Derecho, es utilizado en numerosas ocasiones por los juristas teóricos o prácticos, por ejemplo, para defender que una norma debe interpretarse de una determinada manera (pues sólo así podría sostenerse que el legislador persiguió algún propósito racional al dictarla). (Atienza & Ruiz Manero, 1996, págs. 3-4)

Tales acepciones del término «Principio» no tienen carácter exhaustivo ni excluyente, sino mantienen vinculación entre ellos. Entiéndase como **exhaustiva**, a aquella que permite calificar por si misma a una determinada pauta como principio y como **excluyente**, a que un mismo enunciado considerado en ciertos contextos argumentativos como principio y en otros como directriz, no puedan utilizarse como ambas cosas a la vez (Atienza & Ruiz Manero, 1996, pág. 5).

Bajo ese contexto, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (1996) proponen una triple clasificación de los principios: a) Distinguir entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas (exhaustivo y excluyente); b)

Distinguir entre principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito y principios en el contexto del sistema secundario o sistema del juez (exhaustiva); y c) Distinguir entre principios explícitos, esto es, principios formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, y principios implícitos, esto es, principios extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, el principio de que las normas han de interpretarse como si las hubiera dictado un legislador racional) (exhaustiva y excluyente). (p. 5-6)

2.2. Distinción entre principios y reglas

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (1996) distinguen los principios de las reglas partiendo de tres enfoques que acostumbran adoptarse en relación con las normas: el primero llamado estructural, el cual consiste en ver las normas como entidades organizadas de una cierta forma; el segundo denominado funcional, la que se centra en el papel o la función que las mismas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios; y el tercero, radica en ver las normas en conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad y no en términos de casos y soluciones o de razones para la acción y razonamiento práctico, por ello concluyen:

En nuestra opinión, los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia con las reglas (y en particular con las reglas de acción). La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan un periferia mayor o menor de gravedad, sino que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente

determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra) (p. 8-9).

Sobre la distinción entre principios y reglas, Robert Alexy (2003) manifiesta:

De acuerdo con la definición estándar de la teoría de los principios, los **principios** son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario. Frente a ello, las **reglas** son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. De este modo, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Ellas son, por lo tanto, *mandatos definitivos*. Esto significa que la distinción entre reglas y principios es una distinción cualitativa y no solamente una distinción de grado. Toda norma es una regla o un principio (p.95-96).

La diferencia entre reglas y principios, a decir de Alexy, aparece en los casos de colisión y en la forma distinta de solución de los mismos; así en los casos en los que entran en conflicto dos reglas se puede optar por dos opciones, una por introducir alguna cláusula de excepción a cualquiera de las dos reglas, eliminando de esa manera el conflicto y conservando la validez de ambas reglas o en su defecto considerando que una de las reglas no es válida. Contrariamente cuando se produce un conflicto entre dos principios sin que ninguna de ellas pueda tener absoluta primacía respecto de la otra, la solución no viene determinada por la declaración de invalidez de alguno de los principios, sino por la puesta en marcha del mecanismo de la ponderación del peso que tiene cada principio en el caso concreto (Peces Barba , Fernandez, & De Asís, 1999, pág. 171).

2.3. Funciones que cumplen los principios en el derecho

Los principios cumplen tres funciones importantes en el derecho, las que a decir de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (1996), se da en la distinción entre la dimensión de explicación, de justificación y de legitimación y control del poder que realizan los principios, los cuales se pasan a desarrollar a renglón seguido.

Desde una **dimensión explicativa**, los principios se cumplen en dos sentidos: en primer lugar, por su capacidad para sintetizar una gran cantidad de información, pues la referencia a unos pocos principios permite entender cómo funciona una institución jurídica en el conjunto del ordenamiento jurídico, y en relación con el sistema social; por consiguiente, cumplen una función didáctica de gran importancia.

En segundo lugar, y aún más importante, los principios nos permiten entender el Derecho, no como un simple conjunto de pautas, sino como un conjunto ordenado y dotado de sentido, siendo ello así, el hecho de conocer los principios de un determinado Derecho permite predecir cuáles serán las soluciones a los problemas jurídicos fijados en disposiciones específicas. Esta doble capacidad de los principios es lo que suele llamarse como la sistematización del Derecho.

Desde una **dimensión justificativa**, los principios son menos que las reglas en dos sentidos; por un lado, no presentan las ventajas de las reglas, dado que no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción, ya que si una regla es aceptada y aplicable al caso, entonces se evita entrar en un proceso de

ponderación reduciendo la complejidad de los procesos de argumentación, empero los principios no eximen de la tarea de efectuar esa ponderación; por otro lado, los principios en cuanto premisas a utilizar en argumentos prácticos, tiene menos fuerza que las reglas.

No obstante, los principios son también más que las reglas, en dos sentidos; por un lado, porque al estar enunciados en términos más generales, entran en juego en un mayor número de situaciones, pues al tener un mayor poder explicativo que las reglas, tienen también un mayor alcance justificativo; por otro lado, la menor fuerza de los principios en cuanto premisas del razonamiento práctico va acompañada a una mayor fuerza expansiva.

Desde una **dimensión de legitimación y control del poder**, debemos señalar que, los principios están conectados con la realización de todas las funciones sociales desempeñadas por el Derecho, una de esas funciones se conecta con la nueva realidad del Estado contemporáneo, del Estado del bienestar, que genera un Derecho que no se conforma solo con desempeñar las clásicas funciones de represión y de garantía, sino que pretende operar también como una técnica de ingeniería social.

Junto con esa tendencia de acrecentar el poder del Derecho en la sociedad, también se incrementa la demanda de que ese poder se encuentre limitado por criterios morales que los ordenamientos jurídicos incorporan bajo la forma de derechos humanos o derechos fundamentales; por ello los principios jurídicos encuentran una formulación, cada vez más explícita, en las declaraciones de

derechos recogidos en las Constituciones. Por consiguiente, el ejercicio legítimo de los poderes públicos reside en que estos sean capaces de perseguir y lograr objetivos sociales sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos, pero ello dependerá de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuada de los principios jurídicos. (p. 19-25)

2.4. El favor debitoris como principio general

La doctrina española ha sido la que más aportes ha brindado al análisis del *favor debitoris*; sobre el tema en estudio cabe mencionar lo expuesto por José María Cástan Vásquez (1961):

El derecho español, concretamente, no ha formulado en sus preceptos positivos un principio general que ordene resolver en sentido favorable al deudor las cuestiones dudosas surgidas en materia de obligaciones. Espigando, sin embargo, por el articulado de los textos legales pueden hallarse sin duda manifestaciones singulares de la regla jurídica *favor debitoris*; y cabe preguntarse si sería posible, en otros casos, aplicar un principio general orientado en tal sentido. (...) (p. 2)

Es menester señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico civil tampoco encontramos una regulación expresa del *favor debitoris* como principio, empero ello no ha sido impedimento para que en muchos artículos contenidos en el Libro de Las Obligaciones y Fuentes de las Obligaciones del actual Código Civil de 1984 se persista en legislar bajo el espíritu de *favor debitoris*.

Existen opiniones contrapuestas respecto a que si el *favor debitoris* debe ser elevado a la condición de principio o no. Sobre el tema Carlos Rogel Vide (2010) acota: “surge rauda la siguiente pregunta: ¿Se trata, verdaderamente, de un principio general o es, más bien, un tópico, de contenido vagamente ético y social,

fruto de generalizaciones apresuradas, que se recibe y se transmite acríticamente? Contestando a la pregunta, más de un autor niega la dignidad de principio al pretendido «favor debitoris», mero obsequio a una pretendida y discutible tradición que no responde, en todo caso, a la realidad socio-económica actual” (p. 11-12).

Dentro de los autores que niegan la autoridad de principio al *favor debitoris*, Carlos Rogel Vide (2010) cita dos posiciones escépticas, una de Giuffrè y otra de Rescigno, de acuerdo a lo siguiente:

Giuffrè, crítico con el principio, indica que éste no tiene sustento en la realidad normativa de nuestro tiempo, entendiendo –cual hemos de ver– que tampoco lo tendría, a la postre, en el Derecho romano. Con mucha gracia, en fin, califica al *favor debitoris* como *araba fenice*, explicando así tal parangón: «Como es notorio, el *ave fénix* es un pájaro mítico, semejante al águila, de plumas con colores muy brillantes, muerto en una hoguera después de una larguísima vida, para resurgir de sus propias cenizas, tiempo más tarde y para otra vida tan larga como la anterior. Erodoto, el primero de los antiguos en nombrarlo, lo consideraba originario de la India, en tanto que Tertuliano lo situaba en Arabia. En la civilización occidental, ha permanecido como símbolo de resurrección (razón por la cual su efigie está en el ábside de la iglesia romana de Santa Inés). Con todo, en femenino y teniendo en cuenta los orígenes que le asigna Tertuliano (y por ello *araba fenice*, *fénix arábica*), también sirve, en el lenguaje italiano popular, para hacer referencia a una cosa de la que todos hablan pero que nadie ha visto (cual si de una quimera se tratase).

Ello sabido y respecto del *favor debitoris*, es bueno que cada uno se pregunte si se trata de una quimera o del ave fénix que pueda resurgir de sus propias cenizas con una cierta periodicidad, (renacimiento casi siempre coincidente con periodos de crisis económicas generadoras de muchos deudores, suficientemente fuertes, solos o en compañía de los demás – legisladores benevolentes y protectores de los débiles aparte–, para plantar cara, paliar o reducir –digo yo– las pretensiones de sus acreedores)».

Rescigno, que ha hecho los deberes hace tiempo, se muestra muy crítico con la oportunidad del *favor debitoris*, hablando, al respecto, de la «ambigüedad de una fórmula antigua»; de lo arbitrario que es considerar, siempre y en todo caso, al deudor como la parte débil de la obligación; de la necesidad, en fin, de consultar el ordenamiento del Estado, los institutos y las normas para elevar a principio general al *favor debitoris* (...) (p.12-14).

De igual manera, con relación a su reconocimiento como principio al *favor debitoris*, citando a Moreira Alves, Carlos Rogel Vide (2010) menciona:

No son pocas las normas –precedentes, en su mayoría, del derecho romano– que se inspiran en el *favor debitoris*, indicando la existencia, en los sistemas jurídicos que las acogen, de la tendencia de favorecer al deudor en contraposición con los principios que informan el derecho de crédito. Esa tendencia, que está en la base de diversas normas del derecho de obligaciones, configura un principio general que actúa en esa parte del derecho privado.

En el *favor debitoris* –precisa Moreira Alves– se fundan las normas que establecen reglas que son favorables para el deudor en la medida en que tienen en cuenta el interés de éste por hacer lo menos onerosas posibles las limitaciones de su libertad de cara al acreedor. Por eso mismo, el *favor debitoris* es, en esencia y en el terreno de las obligaciones, manifestación específica del *favor libertatis* (p.18-19).

No obstante, como hemos podido apreciar, el *favor debitoris* no ha logrado encontrar su cauce para arribar a la calidad de principio. Una mayor aproximación a tal condición lo podemos encontrar en el trabajo realizado en las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Nacional del Nordeste y celebradas en la Ciudad de Corrientes, República Argentina, en el año de 1985 (X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1985), en donde sobre el *favor debitoris*, se arribaron a las siguientes conclusiones:

- I. La regla *favor debitoris* es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato.
 - II. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones.
 - III. La regla *favor debitoris* no se aplica a las obligaciones que tienen su origen en un hecho ilícito.
- De *lege ferenda*: Recomendar la incorporación al Código Civil como principio la protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor. (p. 2)

De lo anterior se puede colegir que, existe la necesidad de incorporar como principio “la protección de la parte más débil” sin importar si se trata de un acreedor o de un deudor; sin embargo, apreciamos que el tratamiento como principio al *favor debitoris*, se encuentra negada en la legislación nacional y extranjera, dado que la protección en todo caso debería realizarse a la parte más débil de la relación obligatoria, sea esta acreedor o deudor, y no exclusivamente al deudor.

Por nuestra parte consideramos que, en nuestros días, la incorporación del *favor debitoris* como principio resulta innecesaria e inoportuna; al respecto coincidimos con lo expuesto por Giuffrè, crítico con el principio, quien nos ha indicado que el *favor debitoris* no tiene sustento en la realidad normativa de nuestro tiempo, dado que su renacimiento casi siempre coincide con periodos de crisis económicas generadoras de muchos deudores, suficientemente fuertes, solos o en compañía de los legisladores benevolentes y protectores de los débiles, para paliar o reducir las pretensiones de sus acreedores.

2.5. Evolución histórica

2.5.1. El favor debitoris en el Derecho Romano y a lo largo de la historia

En el derecho romano, el deudor que se vinculaba por su propia voluntad, automáticamente limitaba su libertad y sus derechos; en palabras de Carlos Rogel

Vide (2010) se explica de la siguiente manera:

Desde luego, el Derecho romano antiguo no es, en modo alguno y en vía de principio, favorable al deudor, deudor que, si no paga, puede verse

privado de su libertad, sujeto a grilletes y privado, en mayor o menor medida, de alimentos, muestras de lo penoso que su situación podía llegar a ser, por mucho que, ya en las XII Tablas, cual apuntan Bierzychudek y Mederos, se estableciese -Menos es nada- el peso máximo de las cadenas utilizables con el deudor y la ración mínima de alimentos a suministrarle, lo cual no impedía al acreedor insatisfecho venderlo como esclavo. (p. 20)

Posteriormente surgen ciertos paliativos, que no hacen más que mitigar la penosa situación del deudor. En el año 326 antes de Cristo, durante el tercer consulado de Gaius Poetelius Libo Visolus, para el futuro queda abolida la ejecución personal, estableciéndose que fuesen los bienes del deudor y no su cuerpo los responsables de la deuda, empero dicha ejecución patrimonial no impedía la personal, pues fue hecha en beneficio del acreedor con la finalidad de que este pueda obtener el equivalente pecuniario de su crédito, ahí la justificación de vender al deudor como esclavo. (Rogel Vide, 2010, pág. 25)

En el Derecho Romano Clásico, se mantiene la concepción basada en el interés del acreedor; así Rogel Vide (2010) lo explica citando un extracto de Biondi:

«El *ius civile* presenta un ordenamiento férreo y consecuente, dirigido a la obtención de la prestación por el acreedor; la *obligatio* es un convenio que sirve para conseguir la finalidad dicha y la Ley suministra los medios necesarios al efecto. Con el tiempo afloran, es cierto, exigencias de carácter social que imponen a la legislación comicial y pretoria alguna atenuación del rigor de los principios tradicionales, en la medida en que viene considerado no solo el derecho del acreedor sino también la situación del deudor. El equilibrio empieza a desplazarse en el sentido dicho, pero el instituto se mantiene en su línea... El *favor debitoris* -afirma, rotundo Biondi-, se contrapone a la concepción clásica, basada en el interés del acreedor». (p. 26)

A renglón seguido Rogel Vide, citando a Giuffrè y Mota, reafirma que “La regulación jurídica de la protección de deudor en el derecho romano es un fenómeno típico del periodo posclásico” (p. 27). En esa línea se abre la vía de la *aequitas* (equidad) y del cristianismo como posibles justificaciones del *favor*

debitoris. Sobre este particular Castán Vázquez (1961) considera: “Uno de esos brocardos basados en la equidad -entendida en su acepción clásica cristiana de aplicación benigna y moderada del Derecho- es el *favor debitoris*, que responde al deseo de suavizar en los casos dudosos la situación de los deudores” (p. 2).

En dicho periodo, además de la *aequitas* (equidad), también se va hablar de la *humanitas* (humanidad), aunque con distintos significados determinados según los tiempos y lugares, pudiendo llamárseles entre otros como, dignidad, piedad, síntesis de humildad, solidaridad y libertad. A la *humanitas*, se le va a entender como el sentimiento de dignidad propia de la persona humana, quien está por encima de todas las criaturas restantes del mundo, pues la humanidad es característica de la persona humana, hecha a imagen y semejanza de Dios.

En Roma, las XII Tablas empieza a mostrar ejemplos de humanidad, la cual más tarde es fuente de diversas reformas del antiguo y rigurosos *ius civile*, la misma que es calificada por determinados interpretes contemporáneos como típica inspiración cristiana que estimula y promueve la *clementia*, la *benevolentia*, la *pietas* y la *humanitas* como modos de tutela del deudor frente a la *avaritia* y a la *voracitas* de los acreedores (Rogel Vide, 2010, pág. 30).

En el Derecho Romano Cristiano se estimula el fervor de los fieles hacia los pobres y los necesitados, consolidándose con ello el *favor debitoris*; al respecto Rogel Vide (2010) nos manifiesta:

En la legislación cristiana, dice siempre Biondi, la ley considera al deudor como una persona que se encuentra en una situación de debilidad e inferioridad, merecedora, en cuanto tal, de particular protección, del mismo modo que todos los débiles y necesitados, espíritu que origina el

nacimiento y desarrollo del *favor debitoris*, contrapuesto a la concepción clásica, defensora del interés del acreedor. Principios e institutos reconducibles al *favor debitoris* son introducidos legislativamente por los emperadores cristianos en un movimiento que se inicia en Constantino, continua en Onorio y Teodosio y culmina en Justiniano, inspirado –dice Moreira Alves– en la *caritas* cristiana, que propició, el día de Pascua del año 533, la Nov. 163, dedicada *Domino Christo*, en la que, sobre la base de la justicia, la *humanitas* y la misericordia, se condonan determinadas cargas a los pobres, disposición que Biondi trae a colación y llama también la atención de Giuffrè, quien, con todo, recuerda las penosas condiciones económicas estructurales y coyunturales de la época, condiciones que podrían justificar la tutela del deudor en determinadas circunstancias, refiriéndose también a las dichas condiciones económicas desfavorables Mota, quien, a su vez, remite a Giovanni Pugliese, que habla de general empobrecimiento, sobre todo en las provincias occidentales del Imperio. (p. 31-32)

Con relación al *favor debitoris* a lo largo de la historia, Luis Moisset de Espanés y Guillermo P. Tinti lo localizan en la Edad Media (s.f.) y sostienen: “El principio tiene alguna prosapia, y ya en el Digesto se encuentran textos de Ulpiano, Pomponio y Paulo, en los que se hace aplicación práctica del “*favor debitoris*”, aunque el adagio posiblemente haya sido acuñado con posterioridad, por los glosadores, para expresar de manera concisa y clara la regla que parece haber inspirado al legislador al consagrar los mencionados textos” (Moisset de Espanés, Luís; Tinti, Guillermo P.;, pág. 13)

Moreira Alves, situándose en España ve vestigios del *favor debitoris* en la Partidas españolas, pues señala que, por visible influencia de los textos justinianeos, se encuentran normas fundadas en el *favor debitoris*, como aquella que establece que, el término se presume concedido en favor del deudor (Ley XIV del título IX de la Quinta Partida) o la que fija las reglas de la imputación del pago en beneficio del deudor (Ley X del Título IV de la Quinta Partida) (Rogel Vide, 2010, págs. 35-36)

De igual modo, citando un texto encontrado en Wikipedia, Rogel Vide explica: “El *favor debitoris* nació en las postrimerías del siglo XVIII, cuando la legislación revolucionaria francesa quiso proteger a las clases populares plagadas de deudas” (p.37), y enfatizando: “Hace unas décadas, resurgió, cual ave fénix, el *favor debitoris* por obra y gracia de la penosa situación en que la deuda externa había colocado a diversos países de Iberoamérica, hasta el punto de poner en peligro su propia subsistencia” (p. 38).

De lo expuesto líneas arriba se puede colegir que, desde la época romana los legisladores se han preocupado por emparejar la condición del deudor a la de su acreedor, en la creencia de que éste se encontraba en una posición más cómoda que la de su deudor, cuando en realidad antes y ahora la presunta debilidad del deudor no debió entenderse como una regla en la generalidad de los casos, pues hay momentos en que el deudor tiene una posición más holgada que la de su acreedor.

2.5.2. El favor debitoris a partir del derecho comparado y su trascendencia en los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984

Es necesario precisar que “El Derecho Comparado tiene como objeto poner de relieve qué de común tienen los distintos ordenamientos, sistemas e instituciones jurídicos positivos, mediante la confrontación de los mismos, en qué difieren y cuáles son las causas de esas relaciones, promoviendo y asegurando el progreso del derecho nacional” (Ayasta Gonzalez, 1991, pág. 13).

De igual manera cabe resaltar que “Así como el historiador mira el derecho tal como era en los siglos pasados, el comparatista se propone examinar el derecho existente a su alrededor, haciendo éste, en la simultaneidad de los tiempos, lo que hace la historia en la sucesión de los mismos. Esto permite ver cómo han surgido y se han desenvuelto relaciones correspondientes a diversos ambientes étnicos en un mismo periodo histórico, con tendencia a compenetrarse recíprocamente a consecuencia de las crecientes relaciones de los pueblos entre sí” (Sarfatti, 1945, págs. 8-9).

Tal es así que, el derecho romano y los principios recogidos en él, especialmente en el derecho de obligaciones, contratos y personas, se fueron convirtiendo en fuente de distintas codificaciones del mundo, entre ellas la más importante de su época como es el Código Civil Francés de 1804, conocido también como el Código de Napoleón, en cuyo mérito se inicia, en realidad, la codificación moderna. Al respecto Mario Sarfatti (1945) sostiene:

Se hicieron tres ediciones oficiales sucesivas: *Code civil des français*, 1804; *Code de Napoleón*, 1807, en el Imperio, y nuevamente *Code civil* en 1816 con la Monarquía; en las cuales las diferencias principales consisten en las expresiones “cónsul” y “república” sustituidas por aquellas otras de “emperador” e “imperio”, a la vez sustituidas por las de “rey” y “reino”. El código, que en 1852 vuelve a tomar el nombre de Código Napoleón por disposición de Luís Napoleón, comprende un título preliminar y tres libros: de las personas, de las cosas y de los diversos modos de adquirir la propiedad. Su fundamento está en las costumbres, en el derecho romano, en las ordenanzas reales y en las leyes revolucionarias, prevaleciendo las costumbres a su vez atenuadas por el derecho romano y por las ideas revolucionarias. (p. 107)

La promulgación del Código de Napoleón causó un impacto inicial muy grande en los años ochocientos de nuestro continente y casi de inmediato fue acogido por

Haití, Santo Domingo, el estado de Oaxaca en México y Bolivia en 1831. Este código boliviano fue después el Código de la Confederación Peruano Boliviana y por tanto tuvo vigor en el Perú, con influencia del General Santa Cruz (Meza, 2005, pág. 85).

Santa Cruz, quien era devoto admirador de Napoleón, quiso, como lo declara en el prólogo de su Código Civil, despojar al derecho patrio, del desorden y la confusión en que se encontraba, imponiendo expansivamente para el Perú los códigos que había dado previamente en Bolivia, pero la existencia de estos códigos fue breve, pues entraron en vigencia a fines de 1836, y el propio Santa Cruz mediante decreto del 16 de mayo de 1837 dejó en suspenso su vigor. Posteriormente, por decretos de fecha 31 de julio y 03 de agosto del año de 1838, Orbegoso los declaró insubsistentes, restableciendo la legislación española (Ramos Nuñez, 1997, pág. 164).

Es menester señalar que, en el Perú, conforme lo revela Ramos Núñez (1997), el primer intento de codificación se manifestó con el proyecto del código civil peruano elaborado por Manuel Lorenzo de Viduarre entre los años de 1834 a 1836, aunque ninguno de tales proyectos se haya convertido en texto legislativo, pues a pesar de ser un conocedor erudito de la dogmática romana, canónica y moderna incurrió en graves errores de técnica jurídica. Las instituciones y los principios generales podrían tener gran mérito, pero eran defectuosos y hasta pintorescos conforme se plasmaban. (Ramos Nuñez, 1997, págs. 160-163)

El Código Civil Francés fue la principal fuente para las codificaciones civiles en Latinoamérica en el siglo XIX. En el Perú, gracias a la influencia de Andrés Martínez, político y jurista arequipeño, el Código Civil fue promulgado el 28 de julio de 1852 bajo el gobierno de José Rufino Echenique. Como ha reparado Sandro Schipani, el código peruano, en cuanto fruto de la doctrina, portaba consigo esquemas jurídicos enraizados en un nivel muy profundo, hallándose afincado en el Derecho romano, el Derecho común y en las elaboraciones doctrinales que sobre ellos reposaba. (Ramos Nuñez, 1997, págs. 167-170)

La influencia de la doctrina francesa en el Perú no cesó en el siglo XIX, sino se proyectó en el siglo XX, así en los debates de la Comisión Revisora que elaboró el Código Civil de 1936, que fuera presidida por Juan José Calle se mantuvo la influencia del Código Civil Francés, además del Código Civil Alemán y del Código Suizo (Meza, 2005, pág. 88), mientras que para la promulgación del Código Civil de 1984 se tuvo la influencia de los Códigos Civiles de 1852 y 1936, así como del Código Civil Italiano de 1941.

Aunque también debemos tener en cuenta que, en nuestros días el actual Código Civil de 1984 requiere de una reforma integral acorde a nuestros tiempos, con revisión de los principios y el espíritu que conforman la estructura de las instituciones del citado código, entre ellos el llamado *favor debitoris* que a la postre se ha alejado ampliamente de la concepción que se tuvo en el derecho romano y que hemos heredado por influencia del Código Civil Francés.

CAPÍTULO 3: LA RELACIÓN OBLIGATORIA

3.1. Concepto de relación obligatoria

Karl Larenz (1958-1959) afirma: “La relación de obligación es aquella relación jurídica por la que dos o más personas se obligan a cumplir y adquieren el derecho a exigir determinadas prestaciones” (p.18). “La relación obligatoria es una relación jurídica compleja que liga a los sujetos que en ella se encuentran y que constituye un cauce de realización de finalidades sociales o económicas en torno a determinados intereses lícitos y tutelados por el ordenamiento jurídico” (Díez-Picazo, 2007, pág. 127).

La relación obligatoria también puede ser vista en torno a la idea de “Cooperación social”; término estudiado por Emilio Betti como la necesidad de cooperación entre los que viven en sociedad, pues aduce: “En las relaciones de obligación, lo que se exige es una actividad positiva de cooperación, una actitud en favor del interés ajeno, y la *bona fides* consiste en un criterio de conducta inspirado e

informado por el interés de la otra parte; conducta dirigida al cumplimiento positivo de la expectativa de cooperación de la contraparte” (Betti, 1969, pág. 86).

Sobre la cooperación social, Luis Diez-Picazo (2007) refiere:

La relación obligatoria es una relación jurídica cuya función radica en que una persona puede obtener determinados bienes o servicios mediante la colaboración o cooperación de otra y puede por ello ser definida diciendo que es «la relación jurídica establecida entre dos o más personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios mediante la cooperación de otra o el intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación». (p. 129)

Por su parte Gastón Fernández Cruz nos habla de la obligación como relación obligatoria postulando a la *cooperación humana* como expresión de la necesidad existente en la realidad ante la falta o carencia de bienes; así nos manifiesta:

Compartimos plenamente la opinión que asigna una conexión intersubjetiva concreta al vocablo (relación jurídica), pero desde una posición particular y estricta: creemos que si la relación jurídica es la gran herramienta del lenguaje relacional del derecho es, precisamente, por la necesidad de cooperación humana. Entonces aun cuando existan relaciones intersubjetivas concretas entre individuos, si estas se presentan por circunstancias factuales de oposición, no pueden ser calificadas como jurídicas. Las vinculaciones intersubjetivas de oposición niegan la cooperación y se presentan, siempre, con una característica típica: la mediatez subjetiva. Ilustremos esta, nuestra aseveración, con un ejemplo:

Pedro, en su condición de propietario, pretende gozar -en forma directa- su propia cosa. Esto es, que la estructura del poder que el orden jurídico concede al titular propietario, está pensada para el goce inmediato de este sobre la cosa. De este modo, en el momento en que Juan, abruptamente, intente interrumpir o interrumpa dicho goce (mediante una usurpación del bien, por ejemplo), se materializa una conexión intersubjetiva concreta entre él y Pedro, pero de oposición: Pedro no ha buscado *relacionarse* con Juan. Su conexión ha sido fortuita y mediata, pues la única *conexión* buscada por el titular fue con su propia cosa. (p. 22)

Antonio Hernández Gil (1983) explica que, la obligación (o más precisamente la relación obligatoria) aparece inserta en la categoría jurídica del deber jurídico, el que integrado en la relación obligatoria asume la fisonomía de la “deuda” y el

derecho subjetivo o poder jurídico correspondiente a aquel deber asume la fisonomía del “crédito”, dicha dualidad de situaciones se encuentran inescindiblemente ligadas. El deber jurídico, acota el citado autor, es un “deber de prestación” que se caracteriza porque puede expresar por sí sola la relación existente entre dos o más personas. La prestación sobre que recae el deber es susceptible de una valoración económica (patrimonialidad de la prestación) (p. 63-64).

3.2. Elementos de la relación obligatoria.

La relación obligatoria, como todas las relaciones jurídicas, precisa la existencia de dos partes o sujetos, a quienes usualmente se les denominan acreedores y deudores. El acreedor es el titular del derecho de crédito y el deudor es la persona sobre quien pesa el deber de prestación. Todas las personas naturales o jurídicas pueden ser sujetos de las relaciones obligatorias, incluso aquellas personas cuya capacidad de obrar se encuentra limitada y las que se encuentran incapacitadas. (Díez-Picazo, 2007, págs. 157-158).

Karl Larenz (1958-1959) afirma que la relación de obligación es aquella relación jurídica por la que dos o más personas se obligan a cumplir y adquieren el derecho a exigir determinadas prestaciones. Así la persona a quien corresponde exigir la prestación es llamada “acreedor”, porque si se trata de una relación de obligación de carácter contractual, “cree” en la persona del obligado, en su voluntad y capacidad de cumplir la prestación, mientras que el obligado a hacer la prestación será denominado “deudor” (p. 18).

Puede acontecer que en una relación de obligación solo una de las partes esté obligada a hacer una prestación a la otra, quien solo adquiere derechos, las llamadas relaciones obligatorias unilaterales, tales como la promesa de donación o el mutuo; pero puede suceder también que cada una de las partes deba algo a la otra y sea entonces deudor respecto a la prestación que le incumbe hacer y acreedor en cuanto a la que le corresponde exigir, como es el caso del mandato. (Larenz, 1958-1959, pág. 18).

En relación al tema, Antonio Hernández Gil (1983) acota: “Los sujetos son las dos o más personas, las varias personas que concurren como titulares en la relación jurídica constitutiva de la obligación misma. La persona titular del derecho subjetivo o poder jurídico (crédito), se le denomina *acreedor*. La titular del deber jurídico (deuda), se denomina *deudor*” (p. 92).

Ser acreedor o deudor, más que mostrar una cualidad jurídica implica ocupar una posición jurídica, la cual puede corresponderle de manera excluyente y exclusiva a cada uno de ellos, como ocurre por ejemplo en un contrato de préstamo, donde el que entrega el dinero ocupa exclusivamente la posición de acreedor y el que recibe el dinero con obligación a restituirlo, ocupa la posición de deudor; aunque también se puede ser acreedor y deudor al mismo tiempo, tal como ocurre en las obligaciones recíprocas como la compraventa, en cuyo mérito el vendedor es deudor respecto de la cosa vendida, pero al mismo tiempo es acreedor respecto del precio, mientras que el comprador es deudor respecto del precio y acreedor, al mismo tiempo respecto de la cosa (Hernández Gil, 1983, págs. 92-93).

3.3. La prestación como objeto de la relación obligatoria

En cuanto al objeto de la relación obligatoria, Hernández Gil (1983) manifiesta: “La doctrina inicial y tradicional entiende que el objeto de la obligación lo forman las cosas” (p. 97), pero la doctrina que sostenía esta tesis pudo comprobar que las cosas no servían para expresar por completo el objeto de la obligación; por lo que, se añadió a las cosas los servicios, consolidándose como doctrina tradicional la que afirma que el objeto de la obligación lo forman las cosas y los servicios.

No obstante, crítico a tal manera de concebir el objeto de la relación obligatoria, Hernández Gil (1983) considera que el objeto de la obligación es la prestación (p. 102), dicha prestación ha de ser lícita, esto significa que debe guardar conformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, con la ley, la moral y el orden público; así, cuando en la prestación figuran cosas, se requiere que, no estén fuera del comercio de los hombres (p. 104); asimismo, la prestación ha de ser determinada o determinable, aunque no se exige de manera expresa que tenga carácter patrimonial (p. 110).

Como señala acertadamente Luís Díez-Picazo (2007):

La mayor parte de la doctrina, sin embargo, considera como objeto de la obligación a la prestación. Las cosas o los servicios sólo de una manera indirecta constituyen el objeto de la obligación. El objeto de la obligación es aquello que es debido por el deudor y aquello que el acreedor está facultado para reclamar y recibir. El objeto de la obligación es, por tanto, siempre un comportamiento o una conducta del deudor: el llamado comportamiento o conducta de prestación o, más simplemente, «prestación» (p. 235).

La prestación en cuanto objeto de la obligación no es nunca una entidad o un fenómeno abstracto, sino que aparece siempre como un cauce de realización de fines y de intereses de tipo empírico o práctico (...), la relación obligatoria es un instrumento de cooperación entre los individuos. El deudor compromete su cooperación y empeña su comportamiento para que el acreedor obtenga satisfacción en su interés, que puede ser, (...) un interés de tipo patrimonial o económico, pero asimismo un interés de orden ideal, espiritual o afectivo.

El interés subyacente en la prestación proyecta su fuerza en la válida constitución y en el ulterior desenvolvimiento de la relación. En primer lugar, porque en el origen de la obligación debe existir un interés legítimo que sea digno de la protección de la tutela jurídica. En segundo lugar, porque para que la obligación posea pleno valor satisfactorio debe permitir que aquel interés se realice (...). Por último, a la hora de enjuiciar los daños originados por el incumplimiento, deben ser tenidos en cuenta los daños sufridos por la falta de satisfacción del interés previsto en la obligación y conocido por el deudor (p. 237-238).

Por su parte Karl Larenz (1958-1959) afirma:

La prestación puede consistir en una acción o en una omisión del deudor y concretamente puede ser la entrega de una cosa o de un derecho, la concesión del uso de la cosa o de sus provechos, o cualquier otra actividad. La prestación ha de serle en algún aspecto ventajosa al acreedor; no se exige que se trate de una ventaja patrimonial. Sin embargo, es este normalmente el caso, ya que no sólo las cosas y su uso, sino también las prestaciones de servicios y los productos del trabajo tienen su precio y con ello su valor patrimonial dentro del proceso de intercambio económico. Sin embargo, nada se opone a que alguien se obligue frente a otro a hacer una retractación pública, aun cuando no concorra en ello interés patrimonial alguno (p. 20).

3.4. Nacimiento de las relaciones obligatorias

Cuando hablamos del nacimiento de las obligaciones nos estamos refiriendo a las fuentes de las obligaciones, pues así lo titula el Código Civil de 1984 al Libro VII, la cual contiene los contratos en general.

Antonio Hernández Gil (1983) acota que, la doctrina ha elaborado fórmulas para una enunciación analítica y sintética de las fuentes de las obligaciones; para la

enunciación analítica, las fuentes de las obligaciones serían: 1. el contrato; 2. la promesa o declaración unilateral de voluntad; 3. la transgresión de deberes de conducta (acto ilícito civil y penal); 4. el enriquecimiento injusto, y 5. la imputación de consecuencias jurídicas obligacionales por ocupar una posición prevista por la norma con tal finalidad. En cuanto a la **enunciación sintética**, las fuentes de las obligaciones se pueden reducir a *la voluntad y la ley*; asimismo, dentro de tal orientación sintética se podrían considerar como fuentes de las obligaciones al *contrato y la ley o el negocio jurídico y la ley*. (p. 220)

Modernamente, de acuerdo a la doctrina, se han manifestado nuevas categorías sintéticas de las fuentes de las obligaciones; así, según Karl Larenz (1958-1959) las obligaciones pueden nacer: **1.** de los negocios jurídicos; **2.** de la conducta social típica; **3.** de los hechos legalmente reglamentados; y **4.** finalmente, y por excepción, de un acto de soberanía estatal con efectos constitutivos en materia de derecho privado; los cuales pasamos a desarrollarlos a renglón seguido:

3.4.1. Obligaciones derivadas de los negocios jurídicos

Como afirma Luis Díez-Picazo (2007) “Dentro de las obligaciones derivadas del negocio jurídico, se incluyen todas aquellas que proceden de una declaración de voluntad negocial, sea bilateral, unilateral o plurilateral y sea entre vivos o *mortis causa*” (p. 139).

De manera más amplia, Karl Larenz (1958-1959) nos indica: “Son negocios jurídicos los actos, en especial las declaraciones de una persona por lo menos

limitadamente capaz, cuya finalidad sea producir efectos jurídicos. Negocios jurídicos obligatorios son aquellos que se dirigen a una obligación del actor. De ellos nace una relación obligatoria cuando se asume un deber de prestación” (p.55).

Seguidamente el citado autor aduce que, la doctrina jurídica distingue entre negocios jurídicos unilaterales, a cuyo grupo pertenecen la mayor parte de las declaraciones constitutivas de derecho, como son la impugnación, la denuncia, el consentimiento, el asentimiento; así como negocios jurídicos bilaterales o contratos y negocios jurídicos plurilaterales, por ejemplo, los acuerdos. En mérito al contrato obligatorio se obliga solamente una de las partes o ambas a cumplir determinadas prestaciones. Por disposición unilateral *mortis causa*, el causante puede obligar a su heredero en mérito a un legado o a un modo a que realice una prestación a favor de un tercero, pues mediante el legado se establece una relación obligatoria entre el heredero y el legatario, sin que precise el asentimiento de ninguno de ellos. (p. 56-58)

3.4.2. Obligaciones derivadas de la conducta social típica (“relaciones contractuales de hecho”)

Sobre este particular Karl Larenz (1958-1959) manifiesta: “El moderno tráfico en masa trae consigo que en algunos casos, de acuerdo con la concepción del tráfico, se asuman deberes, nazcan obligaciones, sin que se emitan declaraciones de voluntad encaminadas a tal fin. En lugar de las declaraciones surge la oferta

pública, y de hecho de una prestación y la aceptación de hecho de esta prestación por el que toma parte en el tráfico. (p. 58)

A renglón seguido Larenz afirma que, tanto la oferta pública de hecho y la aceptación de hecho de la prestación, no suponen declaraciones de voluntad, pero sí implican una conducta que por su significado social típico tiene los mismos efectos jurídicos que la actuación jurídica negocial, tal es el caso de la utilización del tranvía, autobús, balsa o cualquier otro vehículo de transporte público, lo que según el criterio del tráfico, el usuario está obligado al pago del precio del trayecto según la tarifa y tiene derecho a ser transportado de acuerdo con las condiciones de la tarifa, sin tener en cuenta si su intención consistía en emitir una declaración de voluntad de tal contenido, si tiene o no capacidad negocial, e incluso si conoce o no la tarifa; por consiguiente, ha nacido una relación jurídica, un contrato de transporte, por ello el usuario no podrá alegar la creencia de que el transporte era gratuito (p. 58-59).

Lo mismo puede ocurrir en las relaciones de suministro de los servicios de agua, gas y electricidad, pues el usuario dirige su solicitud de conexión y la empresa prestadora acepta dicha solicitud, o bien si, no mediante declaración alguna, ni siquiera tácita, se produce de hecho una utilización accesible a todos; incluso en el segundo caso nace una relación obligatoria sobre cuya ejecución han de aplicarse las normas sobre obligaciones contractuales (contratos de suministro), mientras que por el contrario son inaplicables los preceptos relativos a la conclusión de negocios jurídicos y los contratos (p. 60).

3.4.3. Relaciones de obligación nacidas de hechos legalmente reglamentados

Igualmente Karl Larenz (1958-1959) acota: “El ordenamiento jurídico impone al sujeto el deber de cumplir una prestación frente a otro por los más diferentes motivos. Una parte de tales obligaciones legales está reglamentada en el Derecho de obligaciones; otras se encuentran, en atención al hecho que las da origen, en los Derechos reales, Derecho de familia o Derecho de sucesiones” (p. 61).

Al respecto, Karl Larenz propone una enumeración, aunque advierte que no se trata de una exhaustiva:

- a)** Relaciones de obligación procedentes de actos ilícitos y de responsabilidad por riesgo.
- b)** Relaciones de obligación por enriquecimiento injusto.
- c)** También descansa en el principio de la justicia conmutativa la obligación de indemnizar los gastos que se hayan hecho voluntariamente en interés de otro.
- d)** Surge también una relación legal de obligación, con obligaciones de prestación y de diligencia para ambas partes, entre el que encontró y el que perdió una cosa, y ello a consecuencia del hecho del hallazgo y apropiación de la cosa perdida.
- e)** Surgen también relaciones de obligación entre los copartícipes de un derecho, entre los coherederos.
- f)** Finalmente han de aludirse en cierto aspecto los deberes de alimentos, que tiene desde luego determinadas peculiaridades, así como la pretensión de los herederos legítimos con el o los restantes herederos (p. 61-62).

3.4.4. Relaciones de obligación nacidas de disposición estatal con carácter constitutivo en materia de derecho privado

En cuanto a este particular, Karl Larenz (1958-1959) inicia el desarrollo del tema, señalando que en la ley de viviendas se otorga a los organismos alemanes de la vivienda la facultad de exigir de los propietarios de espacio habitacional libre “la conclusión de una relación jurídica” con la persona que, conforme a determinados principios, designen los organismos de la vivienda como arrendatario, con cuya relación “garantice a dicha persona la utilización de dicho espacio habitacional” y en “Caso de que el propietario no dé su conformidad o no sea habido podrá el organismo de la vivienda promulgar una disposición que producirá los efectos de un contrato de arrendamiento”, bajo esta disposición se coloca a los llamados contratos dictados o contratos forzosos. (p. 63)

Así, Karl Larenz refiere que, NIPPERDEY calificó de “contratos dictados” a tales relaciones de obligación análogas a los contratos, impuestas a las partes por disposición de la autoridad, pero considerados intrínsecamente de acuerdo con las normas del Derecho privado. La ciencia jurídica no lo consideró como modelo, sino como excepción, en cierto modo como principio de estado de necesidad, lo que hasta la primera guerra mundial fue un fenómeno ajeno a la concepción jurídica alemana. (p. 63-64).

3.5. Extinción de la relación obligatoria

El medio ideal de extinción de una relación obligatoria es el pago; así Karl Larenz (1958-1959) manifiesta: “La relación obligatoria está destinada a cumplir su finalidad consistente en el pago o satisfacción del acreedor, con lo cual aquélla llega a su fin predeterminado. Por tanto, esta relación obligatoria, es decir, el singular deber de prestación, se extingue cuando la prestación debida es efectuada a favor del acreedor” (p. 408).

Seguidamente, Karl Larenz considera que hay otros medios de satisfacer al acreedor y los menciona de la siguiente manera:

1. Prestación en concepto de dación en pago; cuando la satisfacción del acreedor puede tener lugar también cuando en lugar de la prestación debida recibe otra, pero dicha entrega libera al deudor únicamente cuando el acreedor la acepta en lugar del pago.
2. Consignación; el deudor puede liberarse de la obligación consignando a favor del acreedor la cosa debida en el establecimiento destinado al efecto; el acreedor puede quedar entonces satisfecho de su crédito cuando reclama la cosa consignada, pero para su validez se requiere de ciertos presupuestos; así al deudor se le estará permitido la consignación cuando el acreedor se halle en mora y cuando no pueda cumplir su obligación o no tenga seguridad de poder hacerlo por otra causa dependiente del acreedor o a consecuencia de una inseguridad sobre la persona del acreedor no fundada en actuación negligente.

3. Compensación; cuando el que adeuda dinero u otra cosa determinada conforme a un género puede, en caso de tener contra su acreedor un crédito vencido y de la misma clase, liquidar su deuda compensándola con su crédito; dicha compensación puede ser unilateral o convencional, es decir, por un contrato de compensación. La compensación requiere de cuatro presupuestos: a) Reciprocidad de créditos, b) Homogeneidad del objeto de la prestación, c) Validez, vencimiento y exigibilidad de los créditos en su aspecto activo y d) Existencia y exigibilidad de los créditos en su aspecto pasivo.
4. Remisión o condonación de deuda, el crédito se extingue si su acreedor renuncia a él, para la cual se exige un contrato entre acreedor y deudor.
5. Rescisión, el contrato de rescisión, al igual que el contrato de reforma o modificación, es un contrato por el cual se actúa directamente sobre la relación obligatoria existente, es decir, un acto dispositivo común de ambas partes sobre la relación obligatoria en total. (p. 418-443)

Por su parte Luís Díez-Picazo (2007) manifiesta que, el artículo 1.156 CC español contiene un repertorio de las causas de extinción de la obligación cuando dice «las obligaciones se extinguen: por el pago o cumplimiento; por la pérdida de cosa debida; por la condonación de la deuda; por la confusión de derecho de acreedor y de deudor; por la compensación, y por la novación» dicha enumeración está fundada sobre la consideración de la obligación como vínculo simple, formado por la interrelación de un solo derecho de crédito con un solo deber de prestación, por

los cuales queda satisfecho o extinguido un derecho de crédito o se libera al deudor de una deuda (p. 901).

Sin embargo, el citado autor acota que, la configuración de la relación obligatoria como relación jurídica compleja y unitariamente organizada, para la realización de unos determinados fines o intereses empíricos, dentro de un cuadro o marco de reglamentación de derechos y obligaciones, conduce a un planteamiento distinto del tema de la extinción, porque una cosa es la extinción de la obligación simple y otra la extinción de la compleja relación jurídica que puede ligar a las partes. (p. 901)

Continuando con su análisis Luís Díez-Picazo (2007) nos indica que, la relación obligatoria, considerada como fenómeno unitario, se extingue, por lo menos en los siguientes casos (p. 902-909):

1. Cuando ambas partes han celebrado un negocio jurídico extintivo de la relación, al que cabe denominar contrato extintivo o mutuo disenso. No se trata de consentir en la invalidez o en la ineficacia sobrevenida del negocio constitutivo, sino de llevar a cabo una extinción convenida de la anterior relación contractual, que ha sido en todo momento válido y eficaz, pues es necesario que se reúnan todos los requisitos de capacidad, objeto, causa y forma; así por ejemplo, cuando los socios se ponen de acuerdo para dar por terminada la sociedad; o el arrendador y el arrendatario convienen en dar por terminado el arrendamiento.

2. Cuando se ha logrado plenamente la finalidad económica pretendida y se han agotado todos los efectos buscados, porque han quedado plenamente satisfechos los intereses de ambas partes y ejecutadas todas las obligaciones previstas. En ese sentido se precisa que en la dinámica de la obligación tienen que confluir tres coordenadas: la ejecución de la prestación, la liberación del deudor y la satisfacción del acreedor.

3. Cuando se producen las circunstancias expresamente previstas en el negocio constitutivo de la relación como momento final de ella. Ocurre así cuando se establece un término, con el carácter de término final, en una relación obligatoria duradera, y expira el tiempo convenido. Lo mismo ocurre cuando se produce en una relación obligatoria duradera una expresa condición resolutoria.

El término final se entiende como el momento que pone fin a la relación obligatoria, la misma que puede ser expresamente estipulada o deducirse de la naturaleza del negocio o de los usos del tráfico. Las relaciones obligatorias sometidas a un término final pueden ser prorrogadas, siempre que exista consentimiento de las partes para la prórroga, una continuación en la ejecución de las prestaciones puede considerarse como una prórroga tácita; así por ejemplo, el término de la relación arrendaticia que faculta al arrendador para el desahucio.

4. Cuando le es atribuida a una de las partes por la ley o por el negocio jurídico constitutivo de la relación obligatoria, la facultad de dar esta última por

terminada. Puede tratarse de una facultad de ejercicio enteramente libre (desistimiento o denuncia), y puede tratarse de una facultad que tenga que encontrarse fundada en una justa causa especialmente contemplada por la ley como presupuesto del ejercicio de la extinción de la relación. Nos encontramos entonces con el fenómeno de la resolución por incumplimiento, por imposibilidad sobrevenida o por extraordinaria modificación sobrevenida de las circunstancias.

Puede admitirse una libre denuncia o desistimiento unilateral, cuando, aunque la ley o el negocio jurídico no concedan una facultad semejante, la relación obligatoria reúna las siguientes características: **1.** Que se trate de una relación obligatoria duradera o de tracto sucesivo; **2.** Que se trate de relaciones que no tengan previsto un plazo de duración temporal, de manera que, de acuerdo con la ley y con el negocio jurídico, su duración haya de ser indefinida; y **3.** Que se trate de relaciones obligatorias en las que exista un *intuitus personae*, de manera que fundadas tales relaciones en la confianza, que las partes recíprocamente se merecen, cuando tal confianza se frustra, aparece como justa la posibilidad de poner fin a la relación.

El ejercicio de la facultad de desistimiento o de denuncia se realiza mediante una declaración unilateral de voluntad, que es de carácter recepticio y, por consiguiente, debe dirigirse una parte contratante a la otra. Sus efectos se producen desde el momento en que la citada declaración de voluntad ha llegado a su destinatario. La declaración de denuncia no requiere una forma especial a menos que la ley lo exija expresamente, también debe ser hecha

de buena fe; sin embargo, la violación de la buena fe no impide la extinción de la relación y crea únicamente un deber de resarcimiento de los daños, que se concreta en el pago de las retribuciones por el tiempo de preaviso no respetado.

Tratándose de relaciones obligatorias duraderas, los efectos deben considerarse *ex nunc* y, por consiguiente, sin retroactividad, de manera que las prestaciones que se encontraran ya ejecutadas y las atribuciones realizadas como consecuencia de ellas, quedan efectivamente consolidadas. Los deberes de prestación que estuvieran todavía pendientes (por ejemplo el pago de rentas en un arrendamiento), deberán ser concluidos en sus propios términos. Además, las partes soportan los deberes de liquidación de la relación obligatoria (por ejemplo la restitución de las cosas, abono de saldos).

Sobre el deber de liquidación, Karl Larenz (1958-1959) menciona:

A este fin la ley establece, en lugar de los deberes de prestación anulados de ambas partes, otras *obligaciones encaminadas a la restitución de las prestaciones recibidas*. Tratándose de servicios ya prestados, o de la cesión ya realizada del aprovechamiento de una cosa, ha de satisfacerse el valor de estas prestaciones, o en caso de haber sido estipulada una contraprestación contractual en dinero, ésta ha de ser cumplida. Por consiguiente, entre las partes contratantes se origina una relación legal de liquidación, y las obligaciones de ellas derivadas, de la misma forma que las dimanadas de un contrato bilateral, han de cumplirse simultáneamente (p. 391).

5. Cuando las posiciones jurídicas que en la relación obligatoria se encontraban en cabeza de dos personas (acreedor y deudor), pasan a estarlo en una sola de ellas, la denominada “confusión de derechos”. Por ejemplo, el arrendatario hereda al arrendador; el depositario compra la cosa depositada. La

justificación del fenómeno de la confusión de derechos, como causa de extinción de la relación obligatoria es perfectamente clara, pues nadie puede ostentar un derecho de crédito contra sí mismo, porque ello supondría una contradicción en los términos.

La regla general de la extinción de las obligaciones por confusión ofrece algunas excepciones, que encuentran su fundamento y su raíz en la necesidad de proteger especiales situaciones de intereses. Tal es el caso en que la reunión en una misma persona de las cualidades de acreedor y deudor tenga lugar en virtud de un fenómeno hereditario, cuando la herencia haya sido aceptada por el heredero a beneficio de inventario. La explicación de esta excepción radica en la idea de que la herencia beneficiada provoca una absoluta separación de patrimonios entre el patrimonio del heredero y el patrimonio hereditario. La finalidad esencial del beneficio es limitar la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias al importe del valor de los bienes de la herencia. Por ello, no se produce confusión de derechos si de ello se sigue daño para el heredero.

Cuando se trate de una pluralidad de personas (pluralidad de acreedores o de deudores), para que una genuina confusión se produzca, será necesario que todos los titulares adquieran la posición contraria; en cambio, si es uno sólo de los cotitulares activos o pasivos quien adquiere la posición contraria la deuda se extingue en la porción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurren los dos conceptos.

CAPÍTULO 4: EL ROL DEL ESTADO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

4.1. Funciones del Estado

Víctor García Toma (2010) apunta: “Al poder estatal se le percibe como la expresión plena de capacidad y energía social juridizada; se trata del “mando político” centrado en un ordenamiento estatal, el cual representa una forma de vida social que posee un carácter imperativo-atributivo. En este caso las autoridades públicas (gobernantes) ordenan y disponen en nombre de la Constitución” (p.195).

Asimismo, García Toma manifiesta: “Las funciones estatales expresan las diversas *actividades* del Estado, en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o modos de ejercer la potestad estatal. Se trata de aquellas finalidades u objetivos que delimitados de manera afirmativa o negativa, se encomiendan constitucionalmente a los órganos con *competencias* perfectamente prefijadas, y que se manifiestan externamente a través de actos de relevancia jurídica” (p. 208-209).

A renglón seguido, revela que, los órganos estatales “hacen referencia a las unidades impersonales que tienen a su cargo el desarrollo y expresión de una o varias funciones del Estado, a través de las cuales este revela su actividad volitiva. Hacen operativo y visible el poder estatal manifestando su actividad y voluntad” (p. 209). En ese caso, “la práctica constitucional demuestra, de una manera inexorable, que ningún órgano estatal se encuentra dedicado única y exclusivamente al ejercicio de una función, así como tampoco a su verificación plena o total” (p. 214-215).

Por último, García Toma (2010) anota que, se reconoce la existencia de cuatro funciones estatales, en atención a su naturaleza jurídica, a la esencia material del acto, a su dirección finalista y al mecanismo funcional de la realización del derecho, las cuales son resumidas en las siguientes:

Función normativa.- Consiste en la elaboración de reglas jurídicas, ya sean de carácter general, abstractas e impersonales; o individuales, concretas y personales. Implica la regulación de las conductas existenciales y coexistenciales. (p. 215).

Función ejecutivo-administrativa.- Consiste en la formulación global de la acción gubernamental y en la adopción de las medidas fundamentales destinadas a su verificación en la realidad. Por ende, se dirige a la realización concreta de las normas y a la conducción y dirección del Estado, fundamentalmente en lo relativo a los servicios estatales en sus ámbitos interno y externo. En conclusión, implica

la formulación y la ejecución de medidas conducentes a satisfacer las necesidades de la colectividad (p.215).

Función jurisdiccional.- Consiste en la resolución de reclamaciones, quejas, demandas y denuncias de carácter jurídico. Implica la dirimencia en los conflictos interindividuales (p. 216); y

Función contralora.- Consiste en el aseguramiento de la limitación del poder en favor de los valores y principios condicionantes de la acción estatal. Por ende, deviene en la ejecución de acciones de comprobación, comparación, supervisión, evaluación y hasta de anulación de actos administrativos o legislativos contrarios a la Constitución o las leyes. Implica adicionalmente, la ejecución de medidas en pro de la eficacia, eficiencia, legalidad y moralidad del quehacer estatal. En suma, consiste en la vigilancia y verificación de la legalidad, oportunidad y conveniencia de las conductas manifestadas o no manifestadas por los gobernantes y gobernados (p. 217).

4.2. La libertad contractual

Cuando hablamos de libertad contractual vamos a referirnos a la Autonomía Privada, a la que Manuel de la Puente y Lavalle (2003) califica como la libertad concedida a las personas para que, de comun acuerdo, puedan crear, regular, modificar o extinguir entre sí relaciones jurídicas patrimoniales (p. 199). A renglón seguido De la Puente y Lavalle acota:

El principio de la autonomía privada tiene un doble contenido: en primer lugar, la libertad de contratar, llamada más propiamente libertad de

conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se va a crear derechos y obligaciones; y en segundo lugar, la libertad contractual, llamada también más propiamente libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato, o sea el modelado del mismo. Debe destacarse que la segunda libertad presupone la primera. (p. 199-200)

De la Puente y Lavalle también nos habla de los efectos o consecuencias más importantes que produce la autonomía privada y los enumera de la siguiente manera:

- a) Las personas tienen la libertad de contratar o de no contratar (inciso 14 del artículo 2 de la Constitución).
- b) Son, asimismo, libres para determinar la forma del contrato, salvo en el caso de los contratos solemnes (artículos 143 y 1352 del Código Civil).
- c) Pueden elegir la ley aplicable a las obligaciones contractuales (artículo 2095 del Código Civil).
- d) Pueden determinar libremente el contenido del contrato, salvo lo dispuesto por las normas imperativas (artículo 1354 del Código Civil).
- e) Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los celebran (artículo 1363 del Código Civil).
- f) Los contratos obligan a las partes que los han celebrado (artículo 1361 del Código Civil). (p. 206)

Por su parte Karl Larenz (1958-1959) nos manifiesta que, la libertad contractual comprende en particular la “libertad de conclusión”, esto es, la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quién va a hacerlo, y la “libertad de configuración interna”, o sea la posibilidad para ambos contratantes de establecer libremente el contenido del contrato. La “libertad de configuración interna” presupone la “libertad de conclusión” (pág. 66). No obstante, ambas figuras comportan limitaciones.

4.2.1. La libertad de conclusión

Sobre la libertad de conclusión Karl Larenz (1958-1959) anota que, en el concepto mismo del contrato, como concierto libremente estipulado entre personas equiparadas jurídicamente, reside el que nadie pueda ser forzada ni a concluir contratos ni a concluir un contrato con persona determinada, empero hay casos en que el rehusar la conclusión de un contrato, esto es, el negar la prestación deseada, puede suponer la vulneración de un deber moral; así ocurre, por ejemplo, cuando el único médico que puede ser avisado rechaza el visitar a una persona gravemente enferma por no serle ésta simpática. No contradice el principio de la libertad contractual la existencia de un deber moral de contratar y un deber jurídico que de él deriva, porque no puede haber libertad sin la vinculación moral correspondiente (p. 66-67).

Más allá de ese límite, Karl Larenz acota que, la validez de este principio sólo puede tener limitaciones de carácter positivo fundadas, por ejemplo, en el punto de vista de la “justicia social”, estas obligaciones de contratar constituyen los casos de la llamada “contratación coactiva” y pueden clasificarse en tres grupos:

a). Obligaciones de contratar de los concesionarios de servicios públicos. No concurren los presupuestos de la auténtica libertad de contratar, es decir, la independencia económica y social de una parte frente a la otra y la libre determinación que de ello deriva, cuando alguien viene obligado a utilizar determinadas instalaciones y a recibir determinados suministros, por ejemplo, agua, gas y electricidad, que sólo se puede obtener de un concesionario determinado. Por tanto, si el concesionario se negase arbitrariamente a la conclusión del contrato, se encontraría en una situación de violencia (p. 67).

b). Obligación de contratar fundada en la prohibición de perjudicar con actos contrarios a la moral. Ello concurre cuando a consecuencia de no contratar se produjese un perjuicio de modo contrario a las buenas costumbres; la negativa a contratar puede ser contraria a las buenas costumbres cuando se emplea con fines de competencia desleal utilizando una situación monopolística de hecho con objeto de excluir a un posible competidor o de alcanzar condiciones objetivamente inadecuadas e injustas. La contradicción con las buenas costumbres puede residir también en la vulneración de un deber profesional o social, por ejemplo cuando el médico rehúsa tratar a un enfermo grave sin manifestar motivos fundados (p. 70).

c). Obligaciones de contratar derivadas de la economía dirigida. Surgió en la primera guerra mundial y se acentuó durante la segunda, la finalidad de las limitaciones de la libertad de contratar derivadas de la economía dirigida ha sido siempre evitar el acaparamiento de las mercancías escasas, como productos agrícolas y viviendas, pues se obligaba al propietario de un espacio habitacional a ponerlo a disposición de los que careciesen del mismo, en suma: ante la escasez de determinados bienes vitales busca su más justa distribución (p. 70-71).

4.2.2. La libertad de configuración interna.

De igual modo, sobre este tema, Karl Larenz (1958-1959) evidencia que, la libertad de configuración interna está de un lado limitada por razones que residen en su esencia misma como institución del ordenamiento jurídico, pudiendo, de

otro lado, quedar limitada a través del principio opuesto de la configuración por la autoridad de las relaciones de carácter privado, tales limitaciones pueden ser:

a). Normas legales coactivas, obligación de adoptar el tipo legal. En materia de derecho de obligaciones existe plena libertad de tipo; los tipos contractuales reglamentados en la ley no han de considerarse exhaustivos en el sentido de que todo contrato obligatorio haya de adaptarse a uno u otro de los tipos legales; por el contrario las partes pueden concluir contratos obligatorios cualquiera que sea su contenido, incluso convenios totalmente atípicos. En este sentido la libertad de configuración interna no tiene límites en materia de contratos obligatorios (p. 75).

Muy pocas normas le han parecido al legislador, por razones de justicia conmutativa o de protección de la parte socialmente más débil, de tal importancia fundamental que justifique el prohibir un pacto divergente, ello se explica porque a través del contrato, por lo regular no quedan afectados sino los intereses de las partes. Cosa distinta ocurre en el caso de que el contrato afecte también los intereses de terceros, cuando configure, por ejemplo, un derecho real (eficaz frente a todos) o estructura las relaciones patrimoniales de los cónyuges. Entonces al igual que en el derecho de asociación y de sociedades, predominan las normas coactivas (p. 74).

b). Vulneración de las buenas costumbres. La libertad de configuración interna termina allí donde el concierto contractual, bien por su contenido exclusivamente, o por su contenido junto a las intenciones y motivos al menos de una de las

partes, choque contra las buenas costumbres, es decir, contra las reglas morales reconocidas por la comunidad jurídica (p. 75).

El contenido del contrato choca contra las “buenas costumbres” cuando, por ejemplo, una de las partes se compromete a observar una conducta inmoral o cuando un acto que sólo debe obedecer a razones de conciencia se hace depender de una prestación en dinero; el contrato es contrario a las buenas costumbres en relación con la intención de una de las partes cuando ésta explote la situación económica comprometida de la otra para imponerla condiciones opresivas.

c). Contratos prohibidos por la ley. No existe tampoco libertad de configuración interna en los casos en que la ley haya prohibido determinados pactos a consecuencia de su contenido o de la finalidad que persiguen. Solo tiene sentido hablar de prohibición legal en los casos en que la ley no solamente limita la autonomía privada -el poder jurídico de las partes-, sino que trata de impedir la conclusión de un determinado negocio jurídico amenazando con la imposición de sanciones, es decir, cuando pronuncia al mismo tiempo un mandato de omisión, tales prohibiciones permiten deducirse en ocasiones de preceptos de carácter penal (p. 78).

d). Contratos de contenido reglamentado. Frecuentemente no le basta al legislador, dentro de un marco de la economía dirigida, con establecer la prohibición de concluir determinados pactos. Por consiguiente, se llega en tales casos a la reglamentación legal del contenido de estos contratos. Al mantener en

tales supuestos el principio de la libertad de conclusión, quiere decirse que el sujeto conserva la libre determinación acerca de la conclusión del contrato y de la elección del otro contratante, pero en caso de decidirse a contratar ha de hacerlo a través de un contrato cuyo contenido no podrá estipularse libremente, sino que está legalmente reglamentado (p. 80).

4.3. Rol del Estado en la formulación de normas civiles al amparo del espíritu del favor debitoris

El Estado, en ejercicio del poder que le atañe, adopta el principio de protección del deudor *-favor debitoris-* en el campo de las relaciones obligatorias, aun cuando el sistema se encuentra articulado en la libertad jurídica y la igualdad jurídica; dicha intervención estatal tiene como finalidad restringir la contratación privada con el fin de proteger intereses superiores para la colectividad en desmedro de la propia libertad individual, pues el citado principio de protección del deudor se sustenta en la premisa de que el deudor es la parte débil de la relación contractual y por ello necesita ser protegido de los abusos que pueda cometer el acreedor.

Las razones fundamentales que han motivado el intervencionismo del Estado en la contratación privada, a consideración de Manuel de la Puente y Lavalle (2003), radica en que el Estado, que creyó que al haber concedido a los particulares la libertad e igualdad jurídica, les había dotado de las herramientas necesarias para construir una relación jurídica justa, constató que ello no era así dado que la igualdad jurídica perdía su eficacia al verse confrontada con la desigualdad

económica; razón por la cual su intervención limitada a la protección del orden público y de las buenas costumbres, debía tomar una posición distinta para lograr el restablecimiento del equilibrio roto por la desigualdad económica. (p. 225)

De igual modo, el citado autor agrega que, el Estado también consideró que el contrato privado no estaba constituido para que los particulares satisficieran egoístamente sus necesidades, sino que debía ser un instrumento adecuado para alcanzar otra finalidad, como es el nuevo concepto de la solidaridad social. Las necesidades del mundo moderno han puesto de manifiesto que corresponde al Estado la realización de una política económica acorde con los objetivos que la Constitución le impone alcanzar, para lo cual el contrato privado también debe ser modelado por el Estado para convertirse en medio eficaz de realizar, con la colaboración voluntaria y forzada de los particulares. (p. 225)

A continuación Manuel de la Puente y Lavalle sostiene que, ha sido posiblemente JOSSERAND el jurista que más se ha interesada por el problema de intervencionismo estatal en el contrato, que es un fenómeno que él ha designado como el ***dirigismo contractual***, el cual se manifiesta por un cerco, cada vez más estrecho, del área de la autonomía privada en el campo de la libertad de configuración interna. El Estado considera que su participación en la elaboración del contrato resulta día a día más necesaria, orientada a establecer reglas que deben ser observadas por los particulares cuando, en ejercicio de su libertad de conclusión (libertad de contratar), deciden celebrar un contrato. Estas reglas son de la más variada naturaleza y dirigidas a cautelar intereses de distinta índole.

Seguidamente De La Puente y Lavalle agrega que, a pesar de que algunas de estas reglas tienen carácter dispositivo, es decir, constituyen un régimen supletorio de la voluntad de las partes, la gran mayoría tiene carácter imperativo, pues el Estado está decidido a jugar un rol activo en la configuración del contrato, dejando menos margen a la autonomía privada, que es el poder de los hombres de vincularse obligatoriamente entre sí. (p. 226)

En cuanto a los efectos que causa del intervencionismo estatal, De la Puente y Lavalle afirma que, el ***dirigismo contractual*** no sólo se manifiesta en dictar pautas respecto a la interpretación del contrato, sino que va más allá y se orienta a impedir la concertación de determinadas cláusulas o imponer que otras sean observadas obligatoriamente, quedando automáticamente insertadas en los contratos a celebrarse. Las reglas estatales no sólo se elaboran para regir en los futuros contratos que se celebren con posterioridad a su dación, sino que, ingresando al campo de la obligatoriedad del contrato, algunas tienen por finalidad sustituir las cláusulas discordes puestas por las partes en contratos ya celebrados (p. 226).

A continuación citando a GARCÍA SAYAN, el nombrado autor acota que, el efecto del intervencionismo estatal se refleja en la creación de un Derecho de clase, que favorece a determinadas categorías de contratantes, que se suponen se encuentran genéricamente en situación de debilidad, tales como el trabajador, el arrendatario o el deudor, en detrimento de otros, como es el caso del acreedor, aun cuando tal debilidad no se haya manifestado en la contratación, debido a que legislativamente se encuentran en una posición privilegiada. (p. 227)

Por último, resulta oportuno resaltar, que el citado autor refiere que, el artículo 1355 del Código Civil, al establecer que la ley puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, no debilita ni desvirtúa el artículo 1361 del mismo Código, según el cual los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Lo que ocurre, simplemente, es que el acuerdo entre las partes a que se refiere el artículo 1351 del Código Civil sólo puede versar sobre los aspectos que le permite la ley, pero una vez llegado a ese acuerdo dentro de estos límites, lo convenido sigue siendo ley entre las partes que han celebrado el contrato (p. 232).

Sobre la intervención del legislador, Atilio Anibal Alterini y Roberto M. López Cabana (1990) han manifestado:

La intervención del legislador en el dominio contractual, en favor de una de las partes -ha dicho Ripert-, es infinitamente más delicada que su intervención en favor de los débiles, ya que sólo puede existir en provecho de uno a costa del otro, y para escoger, antes es necesario descubrir cuál de los dos es el débil a quien ha de protegerse. Pero en esta materia, la debilidad puede entenderse diversamente, pues es dable que el acreedor sea más débil y más desafortunado que el deudor. La protección legal concluye debe dirigirse entonces del lado del acreedor (p. 267).

Por nuestra parte consideramos que, en nuestros días la intervención del estado en las relaciones obligatorias resulta de suma importancia para regular la voluntad de las partes, pues otorgarles total libertad conllevaría a tener cláusulas abusivas que no harían más que ahuyentar la formación del contrato, empero dicha intervención no debe contemplar un apoyo cerrado a una de las partes del contrato como es el caso del deudor por su sola condición de tal, sino debe velar por el

cumplimiento de los contratos con las garantías que revisten el orden público y las buenas costumbres.

4.4. Facultades del deudor de liberarse de la obligación y la protección de sus intereses

Para Luís Díez-Picazo (2007), la situación de deuda no consiste sólo en una porción de deberes jurídicos que pesan sólo sobre el deudor, sino también él es titular de una serie de facultades a través de las cuales el ordenamiento jurídico le permite y le facilita la tutela y la defensa de sus intereses; así, si el deudor de una prestación de dar quiere cumplir, pero el acreedor rechaza sin una justa causa la recepción de la prestación, el deudor puede liberarse acudiendo al mecanismo del ofrecimiento formal del pago y de la posterior consignación judicial de las cosas debidas. Igualmente, frente al acto de acreedor que rehúsa injustamente la prestación de hacer que se le ofrece o frente a la inercia del acreedor, el deudor ha de estar en condiciones de hacer patente su voluntad de cumplir, de poner en juego las consecuencias de la *mora creditoris* y finalmente liberarse del vínculo (p. 121-122).

A ello debemos agregar que, además de las posibilidades del deudor de liberarse de la obligación, Díez-Picazo trae a colación al *favor debitoris* como la facultad del deudor de enervar su responsabilidad ante la pretensión extralimitada o abusiva de su acreedor, tomando la idea de quien se obliga, se obliga siempre a lo menos, como base de la regla del *favor debitoris* o de la interpretación más favorable al

deudor, lo cual aparece en muchos casos en el normal desarrollo de la relación obligatoria (p. 122-123).

Finalmente, nos relata Diez-Picazo que, todo deudor posee una facultad que se podría llamar de agrupar y colectivizar a sus acreedores. Todo deudor, que atraviesa una situación de dificultad, puede detener las ejecuciones singulares, agrupar a sus acreedores y proponerles con carácter general un convenio, como es la cesión de bienes, quita y espera, así como la suspensión de pagos (p.123).

Por nuestra parte consideramos que, la idea de quien se obliga, se obliga a los menos no debe ser entendida como la facultad del deudor de liberarse o de enervar su responsabilidad frente a su deudor; pues de seguir entendiéndose así el deber que tiene el deudor, vamos a fomentar la irresponsabilidad del deudor, dado que de antemano el deudor tendrá las herramientas legales necesarias para poder eludir o dilatar el cumplimiento de su obligación en desmedro de su acreedor, quien confió en él en la creencia de que negociaba con un sujeto con los mismos deberes y obligaciones que la suya.

4.5. Justificación para inaplicar el favor debitoris en nuestro ordenamiento civil.

Es menester señalar que, si bien es cierto el *favor debitoris* no ha estado ni está expresamente normado en el título preliminar de ninguno de los **Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984**; sin embargo, consideramos que se trata de una regla implícita, dado que las normas que regulan el derecho de obligaciones, cuyos

articulados principales serán materia de análisis en los posteriores capítulos, están reguladas bajo el espíritu del caduco *favor debitoris*. Lo expuesto, nos lleva a la necesidad de evaluar su permanencia o no en nuestro ordenamiento jurídico civil.

Al respecto debemos tener en cuenta que, conforme se ha indicado en los capítulos anteriores, el *favor debitoris* ha llegado a formar parte de nuestras codificaciones civiles bajo la influencia del Código Civil Francés, aunque también debemos considerar que ello no ha ido de la mano con la evolución de nuestra sociedad y por ende tampoco con las relaciones jurídicas patrimoniales; así por ejemplo el **Código Civil de 1852** fue promulgado cuando se encontraba vigente la Constitución Política de la República Peruana de 1839, dentro de cuyas garantías individuales, el artículo 155 establecía que nadie nace esclavo en la República. Al promulgarse el **Código Civil de 1936** se encontraba vigente la Constitución Política del Perú de 1933, que también dentro de las garantías individuales contenía el artículo 58 que señalaba no hay detención por deudas.

Con la dación del actual **Código Civil de 1984**, bajo el amparo de la Constitución Política del Perú de 1979, sobre los derechos y deberes fundamentales de la persona previsto en el artículo 2 inciso 20 acápite c), se expresa que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia: **No hay prisión por deudas**. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

Dicho mandato **-No hay prisión por deudas-** se repite con la dación de nuestra actual Constitución Política del Perú de 1993, tal como se puede verificar de los derechos fundamentales de la persona contemplado en el artículo 2 inciso 24 acápite c); aunque debemos tener en cuenta que, la sanción a imponerse no deviene del solo hecho de tener la deuda por pensión alimenticia, sino se encuentra supeditada a que se cumplan los elementos del tipo penal del delito de omisión de asistencia familiar previsto y penado por el artículo 149 del Código Penal.

Cabe precisar que, uno de los vestigios de punición por deudas, si podríamos llamarlo así, lo encontramos antes de la vigencia de la Constitución Política de la República Peruana de 1839 en cuyo amparo se promulgó el primer Código Civil de 1852, esto es, en la Constitución Política de la República Peruana de 1828, en cuyo artículo 128 se establecía “Una ley determinará los casos en que haya lugar a prisión por deudas”, al margen de ello no existe otro vestigio que nos permita determinar con claridad la procedencia de la prisión por deudas, máxime si la deuda es un problema privado entre deudor y acreedor, más no así un problema de la sociedad que merezca una sanción penal.

Resulta adecuado señalar que, la norma supranacional a las que se encuentra adherida el Perú proscribe la sanción por deudas, tal es así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé en su artículo 11 “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”; de igual modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en el inciso 7 del artículo 7 establece “Nadie será detenido por deudas. Este principio

no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictadas por incumplimientos de deberes alimentarios”.

Conforme ha quedado demostrado desde la dación del primer Código Civil de 1852, nuestras constituciones han respetado la libertad de las personas; por consiguiente, los deudores han tenido que afrontar el pago de sus deudas con su patrimonio más no así con su integridad física, como se admitía en el Derecho Romano, fuente principal del Código Civil Francés, razón por la cual en aquella época existió la necesidad de proteger al más débil de la relación patrimonial como eran los deudores, empero mantener la misma posición en nuestros días resulta del todo innecesario e inoportuno, pues las partes de la relación jurídica patrimonial son iguales, dado que ambos tienen iguales derechos y deberes que cumplir frente a sus acreedores o deudores, resultando inviable por tanto que el deudor necesariamente por su sola condición de tal sea la parte más débil.

Sobre la responsabilidad patrimonial Luís Díez-Picazo (2007) afirma que, dicha regla o principio encuentra sustento en el artículo 1.911 CC, según el cual del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, de dicho precepto se puede sustraer dos características básicas: el ser **patrimonial**, el deudor responde con sus bienes; y el ser **universal**, el deudor responde con todos sus bienes, cualquiera sea el título de la adquisición, por ejemplo, por donación o herencia (p. 123-124).

En suma, cuando se establece el sistema de la responsabilidad patrimonial se está excluyendo toda responsabilidad personal. Al respecto Luís Díez-Picazo

(2007) certifica que “En la actualidad el deudor no responde personalmente del cumplimiento de las deudas. Únicamente en aquellos casos en que la conducta del deudor deba considerarse como delictiva, puede existir una responsabilidad penal, pero la responsabilidad penal no derivada de la falta de pago, sino de un comportamiento adicional fraudulento” (p.125).

Como vemos, la responsabilidad patrimonial del deudor no engloba una responsabilidad personal, lo que hace innecesaria seguir protegiendo al deudor como si fuera la parte más débil de la relación obligatoria, máxime si incluso el patrimonio del deudor se encuentra protegido por nuestro ordenamiento procesal civil, debido a que en el artículo 648 del Código Procesal Civil taxativamente se contempla cuáles son los bienes inembargables, entre ellos por ejemplo, lo bienes constituidos en patrimonio familiar, vehículo y maquinaria para el ejercicio directo de una profesión, las remuneraciones y pensiones cuando no excedan de cinco unidades de referencia procesal, entre otros.

4.6. Código de Protección y Defensa del Consumidor

Nuestra Constitución Política actual, en su artículo 65 establece: “**El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios (...)**”; ya nuestra Constitución Política de 1979 en su artículo 110, también regulaba la protección del consumidor cuando señalaba: “**(...) El Estado (...) defiende el interés de los consumidores**”.

En esa línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC de fecha 11 de noviembre de 2003, ha señalado en el fundamento 28:

El consumidor -o usuario- es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.

Dada la importancia que tiene el consumidor en la economía peruana, tanto igual o mayor a la inversión privada y pública y a la exportación, Alfredo Quispe Correa (2002) opta por denominar al consumidor de la siguiente manera:

Al que hemos llamado, figuradamente, como el “ciudadano” del tercer milenio porque sin exigencias de edad, nacionalidad, sexo o idioma, se ha convertido en el motor de la economía lo que implica, inevitablemente, al desarrollo económico y social de un país. Decimos esto porque el nivel de conocimiento del consumidor determinará la vida o muerte de las empresas, así como de la protección de sus derechos. No se pretende reducir la vida humana al consumo, sino indicar que cuando se desarrolle y fortalezca una cultura del mercado, operará su influencia directa en todas las instituciones que integran el Estado. (p. 69)

No obstante la protección constitucional del consumidor, nuestro Código Civil ha resultado insuficiente para regular los efectos jurídicos derivados de la contratación de consumo, creados básicamente bajo las figuras de los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación; siendo ello así, se ha tomado la decisión de regular las relaciones de consumo con la dación de una ley especial, como es la Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor, la misma que fue publicada el 02 de setiembre de 2010.

En dicha norma especial, a diferencia del Código Civil, se regula expresamente dentro de sus principios al **Principio Pro Consumidor** y se establece: “En

cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor”.

Como vemos, se sitúa al deudor-consumidor como la parte débil de la contratación de consumo, debido a que en un mercado tan creciente como el moderno, el consumidor va a carecer de la autonomía de la voluntad, lo que no sucede en la contratación bajo el amparo de las normas que regulan el Código Civil, en cuyo mérito las partes tienen las mismas libertades de contratación para crear un relación obligatoria; sin embargo, ello no significa que los problemas que provengan de una contratación de consumo estén relegadas de las figuras del Código Civil como pueden ser la buena fe, los vicios de voluntad, el saneamiento por vicios ocultos, entre otras.

El Estado tiene entonces el rol de equilibrar el derecho de las partes de una relación de consumo; así, incluso antes de la dación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el **Principio indubio pro consumidor** ya tenía vigencia, de tal forma que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 3315-2004-AA/TC de fecha 17 de enero de 2005, señaló en el fundamento 9, g):

Dicho postulado o proposición plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. En puridad, alude a una proyección del principio pro consumidor.

CAPÍTULO 5: REGULACIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO FAVOR DEBITORIS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El Código Civil de 1984, al igual que sus antecesores, mantiene dentro del libro de obligaciones numerosos artículos que se encuentran revestidos por el caduco *favor debitoris*. Conforme se ha señalado en los capítulos precedentes el *favor debitoris*, de larga data, tuvo razón de ser en escenarios donde la vida del deudor se encontraba, por decirlo así, gravada; pues si el deudor no honraba su deuda podía pasar a ser propiedad de su acreedor, quien obtenía la libertad de hacer con su cuerpo lo que quisiese e incluso podría partirlo en pedazos.

Visto las cosas desde ese punto de vista, la persona del deudor pasaba a ser el objeto de la relación obligatoria, pues era el cuerpo del propio deudor la que constituía en sí la garantía para el cumplimiento de la obligación, de modo tal que si no pagaba, en el mejor de los casos podía ser puesto en prisión por su acreedor, quien también tenía la facultad de reducirlo a la esclavitud, como tal venderlo e incluso llegar al extremo de matarlo y descuartizarlo para repartir su cuerpo en pedazos entre los demás acreedores si los hubiese.

No obstante, en nuestros días, donde el deudor responde por las deudas con su patrimonio, no resulta conveniente seguir protegiéndolo por el solo hecho de su condición de deudor, a quien en su momento se consideró como la parte más débil de la relación obligatoria. Para ello el Estado debe garantizar la promulgación de normas legales que estén enmarcadas dentro del derecho moderno y que favorezcan el pago, pues en el mundo moderno el crédito se constituye como una necesidad del tráfico económico y para que el deudor sea sujeto a crédito se requiere que su acreedor confíe en él.

Es menester señalar que, las modificaciones al Código Civil han venido dándose de manera reactiva ante la necesidad de reforma de un tema contenido en un artículo en particular, más no así de forma institucional de acuerdo a los cambios que ha venido experimentando nuestra realidad social. Si tomamos en consideración el Código Civil de 1984 vemos que su formulación se produjo bajo el amparo de la Constitución Política del Perú de 1979, en cuyo modelo económico los medios de producción estaban principalmente en manos del Estado, dada a su cualidad intervencionista.

Con la dación de la Constitución Política del Perú de 1993 la riqueza se va a generar principalmente desde el sector privado; así el Estado proclama la libre iniciativa privada promoviendo condiciones favorables para la inversión de las empresas nacionales y extranjeras, pues el Estado intervendrá en los casos en que el sector privado no pueda atender la demanda existente. En ese orden de ideas estando a que la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra

fortalecida por nuestra norma constitucional, el Estado debe brindar seguridad jurídica tanto al deudor como al acreedor y no solo al deudor como se viene legislando en la actualidad en mérito al *favor debitoris*.

En definitiva, la intervención del Estado dentro del marco de la relación obligacional deudor-acreedor debe configurarse desde su creación hasta su ejecución sin tener en cuenta la figura del *favor debitoris*, pues los problemas de su aplicación se van a ver reflejados sobre todo en el momento en que el acreedor recurra al órgano jurisdiccional a exigir a su deudor el cumplimiento de su contraprestación; empero con normas proteccionistas del deudor se impedirá que el deudor cumpla con su deber de satisfacer la pretensión de su acreedor.

Con una normatividad favorable al deudor vamos a tener a un deudor fortalecido y con ganas de adoptar una conducta estratégica para no cumplir con su prestación; así por ejemplo, si bien es cierto nuestro Código Civil en su artículo 1302 prevé: “Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado”; empero ello resulta contraproducente dado que un deudor no tiene como hacer concesiones cuando su acreedor ha cumplido primero con su prestación.

Debemos dejar en claro entonces que, el *favor debitoris*, más allá de cualquier tipo de interpretación, encuentra su fundamento en la normas aprobadas por el Congreso de la República y promulgadas por el Poder Ejecutivo o en aquellas normas dictadas por delegación de atribución legislativa por el Congreso en el

Ejecutivo (Decreto Legislativo), los cuales amparándose en una corriente antigua favorecen abiertamente al deudor, aun cuando el *favor debitoris* no encuentra regulación expresa en el ordenamiento civil.

A modo de muestreo, en las siguientes líneas pasaré a analizar determinados artículos del Libro de Obligaciones del Código Civil vigente que aún se mantienen bajo el espíritu del *favor debitoris*, lo cual como dijimos no ha sido plasmado expresamente en nuestro ordenamiento civil, empero encuentra cabida en nuestros días; asimismo, hago la salvedad de que las siguientes normas no son las únicas revestidas por el caduco *favor debitoris*.

5.1. Pago

El Código Civil de 1984 legisla el pago como la forma como usualmente se extingue la obligación. Pago o cumplimiento es la realización de la prestación que le proporciona al acreedor el objeto debido para la satisfacción de su interés, al tiempo que extingue el vínculo y libera al deudor. Los elementos del pago son: los *sujetos* (deudor y acreedor); la *causa o fuente*, que constituye la obligación preexistente; y el *objeto del pago*, que es el bien o la utilidad que se obtiene como resultado de la prestación cumplida por el deudor. (Torres, Diccionario de Jurisprudencia Civil, 2008, pág. 536)

El pago se entiende efectuado cuando el deudor ejecuta íntegramente la prestación debida. La prestación debida puede ser de dar (el deudor transfiere al acreedor un derecho real sobre un bien), de hacer (el deudor ejecuta un servicio

material o intelectual), de no hacer (el deudor se abstiene de ejecutar una determinada acción). (Torres, Código Civil, 2002, pág. 709)

El pago se encuentra regulado en nuestro Código Civil en el Título II de la Sección Segunda del Libro VI de las Obligaciones, dentro de cuya sección se encuentran comprendidos los artículos 1231 (Presunción de pago total), 1232 (Presunción de pago de intereses) y 1238 (Lugar de pago), los cuales están amparados por el *favor debitoris* y que en nuestra opinión requieren ser modificados, conforme a las consideraciones que pasamos a exponer a renglón seguido.

5.1.1. Presunciones de pago establecidas en favor del deudor.

Bajo éste título, en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984 (2005) se hace referencia a los siguientes supuestos: 1) Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el pago de una cuota hace presumir el pago de las anteriores (*Artículo 1231 del Código Civil*). 2) El recibo de pago del capital, sin reserva de los intereses, hace presumir el pago de estos (*Artículo 1232 del Código Civil*) (p.863), los mismos que a continuación procedemos a analizar:

5.1.1.1. Presunción de pago total

Para hablar de pago total, debemos entender que la relación obligatoria lleva implícita prestaciones periódicas. Luís Díez-Picazo (2007) sobre el tema, habla de la periodicidad de la prestación y señala:

En todos aquellos casos en que la prestación permita su división y la voluntad expresa o implícita de las partes así lo establezca, la prestación

puede quedar fraccionada en una serie de partes o de porciones. Por ejemplo, se estipula que una determinada mercancía será hecha en tres o cuatro veces.

Hablamos de prestación periódica en todos aquellos casos en que el programa o proyecto de las partes prevé una serie de actos del deudor, de idéntica naturaleza y de contenido homogéneo, pero separados por periodos determinados de tiempo, es decir, ejecutables en épocas sucesivas, distanciadas entre sí por unidades de tiempo fijas y constantes. Por ejemplo, el pago semanal del salario, el pago mensual del precio del arriendo, los réditos anuales de una renta vitalicia o de una renta perpetua, los dividendos o beneficios sociales en una sociedad, las primas que paga el asegurado en el contrato de seguro, el precio de abono a un suministro de energía eléctrica o de teléfono, las amortizaciones periódicas de un préstamo, etc. (p. 316)

El Código Civil de 1984, legisla la presunción de pago total, al amparo del **“Artículo 1231.- Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario.”**

En la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984 se expresa:

La norma tiene como fuente el artículo 1245 del Código Civil anterior, cuyo texto se reprodujo íntegramente.

José León Barandiarán, al comentar el artículo 1245 referido enseña:

“En caso de prestaciones periódicas cada una importa un pago distinto. El deudor puede pagar una o algunas de tales prestaciones, aunque otras queden insolutas. Pero el acreedor puede rechazar el pago correspondiente a una prestación, habiendo otras anteriores vencidas y no satisfechas. No obstante, si el acreedor recibe tal pago, otorgando el recibo correspondiente, la ley presume juris tantum en favor del deudor, que las anteriores prestaciones se hallan pagadas también, pues plus favemus liberationibus quam obligationibus. Dice Colmo que la disposición es muy sabia: Nadie que pague alquileres o cuotas periódicas, pensiones o salarios mensuales, etc. tiene que estar obligado a guardar todos los recibos de los periodos satisfechos, que podrán ser numerosos. Y como es presumible que nadie cobre un periodo sin haber cobrado los precedentes, pues no cabe suponer lo excepcional y raro, la ley así dispone, dejando a salvo el derecho del acreedor para demostrar lo contrario”.

En relación a la prueba en contrario que debe suministrar el acreedor, es razonable admitir que si el vendedor otorga recibo correspondiente a determinada mensualidad no es suficiente para que se presuma el pago de los periodos anteriores, si en otro recibo expedido posteriormente el pago se imputa a mensualidades anteriores a aquella. (Editora Normas Legales, 2005, pág. 863)

Por su parte, Luís Díez-Picazo (2007) señala: “Se aplica a las prestaciones periódicas la norma del art. 1.110 CC, de acuerdo con el cual el pago del último plazo extingue la obligación en cuanto a los plazos anteriores” (p. 317).

En nuestra opinión, la sola acreditación del pago con algún recibo o la última de ellas, no es garantía suficiente para dar por cierto el cumplimiento de la prestación periódica por parte del deudor, pues el deudor a pesar de tener pendiente el pago de varios periodos vencidos, puede intentar pagar solo una última cuota, y si en caso el acreedor le entregase recibo por dicho pago sin hacer reserva de deudas anteriores, lo que no haría un acreedor diligente, no tendría forma de oponerse a la falta de pago de anteriores cuotas, así al amparo del *favor debitoris* el acreedor habrá perdido su derecho de exigir el pago de las cuotas vencidas, configurándose en un abuso de derecho por parte del deudor.

De la Exposición de Motivos del artículo en comento se desprende que, la prueba en contrario que podría suministrar el acreedor a fin de probar la falta de pago de otras cuotas anteriores al último recibo pagado sería otro recibo otorgado con fecha posterior pero que acredite un pago anterior, lo cual resulta casi imposible; al respecto Osterling Parodi y Castillo Freyre (2008) aseveran que: “Esta sería, prácticamente, una «prueba diabólica»” (p. 479).

Contrariamente al texto expreso del artículo 1231 bajo análisis, nuestra legislación civil ha regulado la distribución de la carga de la prueba en una relación obligatoria, así el artículo 1229 establece: “la prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado”, es decir, al deudor. El Tribunal Constitucional hace mención a la utilización de la prueba dinámica y afirma:

“Se ha señalado prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196° del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”.

(...) Asimismo, en el ámbito de protección del usuario, y basándose en la asimetría de información, se ha permitido la variación de la carga de la prueba, buscándose proteger al consumidor de la imposibilidad de probar que fue engañado o que recibió información insuficiente (punto 2 la Resolución N° 102-97-TDCINDECOPI). (Expediente N° 01776-2004-AA/TC fundamento 50)

De lo expuesto se puede colegir que, la prueba de pago en cuotas periódicas también le corresponde al deudor, empero por equidad y en aras de proteger la relación obligatoria proponemos que para la acreditación de pagos en cuotas periódicas, sea exigible la acreditación de los tres últimos recibos de pago y no sólo la última, debiendo modificarse en dicho sentido el artículo 1231 del Código Civil.

5.1.1.2. Presunción de pago de intereses

Con referencia a los intereses, Romero Zavala (2000) acota: “Desde el punto de vista jurídico debe entenderse como intereses la ganancia que el titular del capital

obtiene como consecuencia de haber concedido su uso o disfrute; en otros términos, viene a ser la retribución por el uso de un capital ajeno” (p. 100).

Por su parte Enneccerus Ludwing (1966) manifiesta:

La especial *naturaleza de la deuda del interés* se basa en su relación con la deuda del capital. Toda vez que el interés constituye un rendimiento de la obligación del capital, no puede nacer sin ésta. En este sentido es una obligación accesoria o secundaria. Pero una vez constituida la obligación de los intereses tiene sustantividad propia y puede sobrevivir a la principal; aún después del pago del principal pueden ser reclamados los intereses, siempre que, dadas las circunstancias, el recibo sin reserva no signifique una renuncia. No obstante, puede seguir teniendo importancia la conexión económica de los intereses legales o cualesquiera otros con la obligación del capital. (p. 54-55)

Nuestro Código Civil vigente regula la presunción de pago de intereses en el **“Artículo 1232.- El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario”**. En cuya Exposición de Motivos se afirma:

El precepto tiene como antecedente el artículo 1246° del ordenamiento civil derogado.

Ángel Gustavo Cornejo, al comentar el artículo 1246° del Código Civil de 1936, expresa un planteamiento que el legislador considero necesario hacer suyo:

“La presunción que hace la ley interpreta la intención probable de las partes, ya que no es presumible que el acreedor, a quien se debe capital e intereses, aplique el pago a aquél que a éstos, renunciando al derecho que le da el artículo 1257°. Por consiguiente, si otorga recibo por el capital sin reservarse el derecho de cobrar los intereses, reconoce que estos le han sido ya pagados o que renuncia a su cobro.

José León Barandiarán, también al examinar el artículo 1246° del Código Civil, expone un punto de vista que es ilustrativo reproducir:

“De otro lado, como repara el mismo Ricci, la regla no puede entenderse extensivamente. Las presunciones legales son todas de interpretación estricta. El artículo en examen prevé el caso de recibo por el capital que equivale al pago de todo el capital. Si se pagó, por el contrario, una suma a cuenta de capital, ¿puede invocarse la presunción relativa al pago de los

intereses aún limitados o se refiere únicamente a la parte de capital pagado? No; porque no está la hipótesis prevista por la ley. La ley prevé el caso en que se dé el recibo por el capital, y quien declara que recibe parte del capital no da recibo por el capital; luego no puede invocarse la presunción legal”. (Editora Normas Legales, 2005, pág. 863)

Coincidentemente, Luís Díez-Picazo (2007) señala: “El art. 1.110 CC establece que «el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna de los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a estos»” (p. 318)

A pesar que nuestro ordenamiento civil contempla la idea de que una vez pagada el capital sin reserva de los intereses hace presumir el pago de estos, empero no se puede negar la autonomía de los intereses frente a la autónomo de capital, pues como indica Enneccerus Ludwing, una vez constituida la obligación de los intereses tiene sustantividad propia y puede sobrevivir a la principal; siendo ello así, el pago del capital de por si no puede ser prueba suficiente para acreditar el cumplimiento del pago de intereses, aun cuando el acreedor haya o no hecho reserva alguna sobre el pago de tales intereses; de lo contrario cabría la posibilidad de que, como en el caso de la Presunción de pago total (Artículo 1231), se incurra en el abuso del derecho por parte del deudor, al exigirse al acreedor una prueba imposible a fin de demostrar la falta de pago de intereses; en tal sentido la norma en comento debe ser modificada.

5.1.2. Lugar de prestación de las obligaciones

Atendiendo a que el pago es la forma como usualmente se extingue la obligación, en la Exposición de Motivos del Código Civil actual se plantea:

En principio, el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor.

El fundamento de ello, enseña Albaladejo, se apoya en el principio de “quien se obliga, se obliga a lo menos posible y de que parece menos gravoso para el deudor pagar en su sede”.

Tal principio admite las siguientes excepciones:

- a) Cuando se estipule que el pago se efectúe en el domicilio del acreedor o en cualquier otro lugar.
- b) Cuando la ley establezca un lugar específico. Tal es el caso del artículo 1558° del Código Civil que señala que el pago del precio debe efectuarse en el lugar de entrega del bien.
- c) Cuando se trata de la naturaleza de la obligación.
- d) Cuando por razón de las circunstancias del caso debe pagarse en otro lugar.” (Editora Normas Legales, 2005, pág. 872)

Así, el texto de nuestro Código Civil vigente lo regula como el lugar de pago, y establece en el **“Artículo 1238.- El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.**

Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor.”

De acuerdo con dicho texto, “La ley peruana establece como regla que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que el acreedor deberá cobrar la deuda en dicho lugar y que no compete al deudor apersonarse en el domicilio de su acreedor para efectuar el pago” (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2008, pág. 501). Al respecto Carlos Cárdenas Quirós manifiesta “De acuerdo con esa regla, el acreedor deberá acudir al domicilio del deudor a recibir el pago. (...) La solución legal tiene su fundamento en el *favor debitoris*”. (p. 179)

Es menester señalar que, el artículo 1238 en comento no detalla si el domicilio del deudor corresponde al tiempo del nacimiento de la obligación o al tiempo de su cumplimiento, lo que conlleva a que el deudor pueda interpretar a su libre albedrío cual será el lugar de pago, peor aún si el deudor tiene doble domicilio, en cuyo caso, puede cumplir su obligación en el domicilio que él elija, siendo competentes los órganos jurisdiccionales de ambos lugares; también está el caso en que sean varios los deudores sin que exista vínculo de solidaridad entre ellos.

En la práctica judicial el emplazamiento al deudor con la demanda deberá estar válidamente notificado, dado que existen casos en que las cédulas de notificación son devueltas, lo que acarrea a que en tales circunstancias el demandante tenga que señalar el domicilio correcto o mejor aún el nuevo domicilio del demandado a fin de sobrecartar la demanda y anexos o en su defecto habilitar día y hora para su notificación.

Felipe Osterlin Parodi y Mario Castillo Freyre (2008) acotan que, el artículo 1238 del Código Civil debe leerse e interpretarse conjuntamente con el artículo 1239, cuando establece que si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo, pues la lectura de tales artículos permite adoptar como criterio factores de certeza y flexibilidad. Aunque, expresan su desacuerdo con la doctrina francesa predominante de atribuir al deudor el derecho de modificar de domicilio a su arbitrio y pretender que el pago se verifique en el nuevo domicilio, sobre la base de facilitar la liberación y favorecer al deudor. (p. 501-502)

Debemos tener en cuenta que, si bien es cierto el artículo 1238 del Código Civil no impide que en ejercicio de su autonomía de la voluntad las partes designen el lugar de pago; sin embargo, en ausencia de manifestación expresa o tácita el lugar de pago será en el domicilio del deudor, lo cual podría acarrear una serie de dificultades en el cumplimiento de la prestación por parte del deudor, pues imaginémonos que ocurriría si el deudor cambia de domicilio. Si bien el artículo 1239 del Código Civil contempla la facultad del acreedor de exigir el pago en el primer domicilio o en el nuevo domicilio del deudor. No obstante, dicha facilidad en realidad no soluciona el problema, sino por el contrario hasta podría empeorar la posición del acreedor.

Supongamos que un deudor obligado a la entrega de bienes, pero unilateralmente traslada su domicilio a otro departamento o peor aún al extranjero; si el lugar de pago es el del deudor, al haber trasladado su sede, por ende los bienes a entregarse también se habrán trasladado a su nueva sede; por consiguiente, el acreedor se vería en la imperiosa necesidad de trasladarse bajo su costo al nuevo domicilio del deudor a exigirle el cumplimiento de su contraprestación, lo cual en muchos casos podría limitar sus posibilidades de cobro debido al incremento en el costo de su acreencia, lo que incluso lo llevaría en todo caso al extremo de renunciar a su derecho en salvaguarda de su patrimonio.

A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico civil que, en principio determina como lugar de pago el domicilio del deudor, en el Código Civil español el domicilio del deudor se regula de forma subsidiaria, así el artículo 1171 establece: “El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No

habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor”.

Luís Díez-Picazo (2007) refiriéndose a los criterios de determinación del lugar de prestación en la obligación de dar, considera en *primer lugar*, a la autonomía privada, esto es, lo establecido por los propios interesados en el negocio constitutivo de la relación obligatoria, en *segundo lugar*, de acuerdo a la naturaleza de la relación obligatoria y la naturaleza misma de la prestación y en *tercer lugar*, citando al *favor debitoris* señala que, como regla final o subsidiaria se establece un criterio de favor del deudor, más conforme con la idea de que el que se obliga, se obliga a lo menos y que la limitación de la libertad individual que la obligación entraña se supone que debe ser en la duda la menor posible, entonces, el lugar del cumplimiento es el lugar menos oneroso para el deudor como es el lugar de su propio domicilio. (p. 344-345)

Con relación al lugar de prestación de las obligaciones, Karl Larenz (1958-1959) acota:

Por lugar de la prestación (lugar de cumplimiento) entendemos el lugar en que ha de llevarse a cabo por el deudor la actividad dirigida a cumplirla (y precisamente en su última fase). Este lugar no ha de ser necesariamente el mismo donde el *resultado* de la prestación se manifiesta. Así, la obligación del vendedor puede únicamente consistir en el envío de la cosa vendida al comprador, y hecho el envío queda concluido aquello que debía hacer, es decir, la actividad prestadora. Pero el resultado o consecuencia de ese obrar, o sea, la adquisición de la posesión y de la propiedad por el comprador, únicamente tienen lugar cuando recibe la cosa. Por consiguiente, lugar de la prestación y lugar de las consecuencias que la misma produce no han de ser necesariamente idénticos. (p. 257)

Sobre la determinación del lugar de cumplimiento, en consonancia con la doctrina española, Karl Larenz señala:

El lugar en que ha de cumplirse la prestación se deducirá, en primer término, de la estipulación adoptada sobre este punto, y en defecto de tal estipulación, “de las circunstancias concurrentes, especialmente de la naturaleza de la relación obligatoria”. Si tampoco así se averigua dicho lugar, “la prestación ha de realizarse donde el deudor tuviera su domicilio al tiempo del nacimiento de la obligación” (p. 259).

De igual manera, Enneccerus Ludwing (1966) coloca en un lugar secundario al domicilio del deudor como lugar de pago, de tal forma nos manifiesta:

1. El *lugar* de prestación (lugar de ejecución) puede estar determinado:
 - a) Por las *circunstancias*, especialmente *por la naturaleza de la prestación*, por ejemplo, tratándose del crédito a la entrega o al laboreo de una finca, que naturalmente sólo puede hacerse en la finca misma, o a la transmisión formal de una finca, que sólo es posible ante la oficina del registro competente.
 - b) Por *determinación expresa o tácita* de las partes. Son muy frecuentes los casos de estipulación tácita del lugar de la prestación, por ejemplo, es de suponer que el viajero quiere pagar sus gastos allí donde los ha hecho; que, como es corriente, los créditos por anticipos de un banco han de cumplirse en el local de éste; que los que realizan una obra por encargo tienen que entregar la cosa terminada en casa del comitente.
 - c) Por *disposición legal especial*. Así, por ejemplo, el depositario y el deudor del depósito irregular tienen que realizar la prestación en el lugar del depósito. Las cosas han de exhibirse en el lugar en que se encuentran. Las deudas inmobiliarias deben pagarse en el lugar de la oficina del registro. (...)
2. Pero si de la naturaleza de la prestación, del convenio o de una disposición legal especial no resulta que la prestación haya de hacerse en un lugar determinado, el deudor habrá de prestar allí donde al *constituirse la relación obligatoria* tuviera su domicilio (p. 121-122).

De este modo, contrariamente a lo regulado por el artículo 1238 de nuestro Código Civil, la doctrina y jurisprudencia extranjera ya contemplan la importancia que tiene la autonomía de la voluntad de las partes o el lugar de constitución de la relación obligatoria, dejando en un plano inferior al domicilio del deudor como lugar de cumplimiento de la obligación; por lo que, asumiendo que casi en la

generalidad de los casos el lugar de constitución de la relación obligatoria es el domicilio del acreedor es que se propone la reforma del citado artículo teniendo en consideración que el pago debe realizarse en el domicilio del acreedor.

Resulta adecuado señalar que, en relación a la obligación pecuniaria, existe un tratamiento particular tanto en la doctrina alemana como en la italiana, así en el artículo 270 del Código Civil alemán se establece que, en caso de duda, el deudor debe transferir dinero al acreedor en su lugar de residencia a su cuenta y riesgo; mientras que el artículo 1182 del Código Civil italiano prevé que, la obligación que tiene como objeto una suma de dinero debe cumplirse en el domicilio que tiene el acreedor en el momento del tiempo del vencimiento.

De lo anterior se puede colegir que, conforme es de verse de la regulación del Código Civil alemán e italiano, la obligación de dar suma de dinero debe cumplirse en el domicilio del acreedor, en ese entendido estando a que las relaciones obligatorias mayormente se materializan en dinero, debe establecerse en principio que el lugar de pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor, dado que el deudor tiene el deber u obligación de cumplir con su acreedor.

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

Al hablar de este tipo de obligaciones, nos vamos a referir a las normas previstas en el **artículo 1143** (Reglas para elección de bien incierto) y **artículo 1162** (Reglas para elección de prestaciones alternativas) del Código Civil peruano. A

cuyo análisis podemos incluir el **artículo 1171** (Presunción de obligación facultativa). Los cuales pasamos a analizarlos de acuerdo al siguiente orden:

Nuestro Código Civil vigente nos habla de reglas para elección de bien incierto, bajo el siguiente texto: *“Artículo 1143.- En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.*

Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media.”

Al respecto Felipe Osterlin Parodi y Mario Castillo Freyre (2008) encuentran el sustento de tal artículo bajo el siguiente argumento:

El artículo 1143 del Código Civil dispone en el primer párrafo que en caso de que la obligación verse sobre bienes determinables de los cuales haya que escoger alguno de ellos para cumplir con su entrega, la elección corresponderá al deudor de dichos bienes. Esta situación responde a la necesidad de las cosas, puesto que es el deudor quien precisamente se encuentra en directa relación con los bienes dentro de los cuales hay que escoger alguno(s) y es quien de manera rápida y efectiva puede efectuar dicha elección sin incurrir en mayores gastos. Naturalmente, tal como lo establece la ley, podría ocurrir que no sea al deudor a quien corresponda efectuar dicha elección, si esto se dedujese de la propia ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. De no corresponder al deudor la elección del bien, ella la hará el acreedor o un tercero, al cual las partes de común acuerdo hubiesen encomendado tal misión. (p. 176-177)

Al contrario Carlos Cárdenas Quirós, sobre la elección en el ámbito de las obligaciones con prestación de dar un bien incierto y con prestaciones alternativas, nos manifiesta:

El Código Civil opta en ambos casos por establecer sobre la base del *favor debitoris* que el derecho a elegir corresponde en principio al deudor, si bien admite que pueda acordarse en favor del acreedor o de un tercero. No resulta justificada dicha solución, pues es razonable considerar en tal obligación lo que corresponde es atender fundamentalmente al interés del acreedor y no al del deudor como principio. Es entonces el acreedor el que debe ostentar la primera opción para determinar el objeto de cumplimiento, particularmente en el caso de las obligaciones con prestaciones alternativas. (p. 173)

Por nuestra parte compartimos el sustento de Cárdenas Quirós y consideramos que, en las obligaciones de dar bienes inciertos, la elección de la prestación debe corresponder en principio al acreedor, dado que dejarle tal facultad al deudor conlleva a que generalmente no satisfaga por completo los intereses del acreedor, pues el deudor sobrepondrá sus intereses patrimoniales en desmedro de su acreedor, peor aún si se tiene que intimar al deudor para su cumplimiento.

En el caso de la elección de la prestación alternativa, al igual que en el anterior, nuestro Código Civil hace referencia a las reglas para elección de prestaciones alternativas y establece: **“Artículo 1162.- La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero. Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144.”**

En la obligación alternativa se concede a una de las partes de la relación obligatoria la facultad de elegir entre dos o más prestaciones previstas en la obligación, de manera que sólo una de ellas este destinada a su cumplimiento, dicha facultad de elección, en nuestro ordenamiento civil, lo tiene en principio el deudor, debiendo ser expresa en el caso del acreedor y no tácita como como si puede serlo para el deudor.

Para Enneccerus Ludwing (1966) la obligación alternativa es más bien un crédito único, desde luego seguro en cuanto a su existencia (y por tanto no pendiente), cuyo contenido que en origen es indeterminado dentro de ciertos límites, se convierte en determinado por la elección del deudor, del acreedor o de un tercero. El derecho de elección es, pues, un derecho de formación. La prestación elegida se considera como la única debida desde el principio (p.103-105).

Asimismo, Enneccerus Ludwing nos manifiesta que, con frecuencia el contrato, el legado o la ley determinan, expresa o tácitamente quién es el que tiene derecho de elección, en la duda o en defecto de una determinación semejante, la elección compete al deudor, situación que sucede en la generalidad de los Códigos Civiles. El derecho de elección del deudor no lo pierde éste aunque incurra en mora, por tanto el acreedor tiene que demandar la realización de una u otra prestación a elección del deudor y la sentencia ha de condenar en igual sentido (p. 106-108).

Sobre la elección en la obligación alternativa, Luís Díez-Picazo (2007) nos manifiesta:

La elección puede corresponder al deudor, al acreedor o a una tercera persona. Para poder, en cada caso, concretar a quién corresponde la facultad de elección, deberá atenderse, en primer lugar, a lo que los interesados hayan expresamente declarado sobre este punto. Subsidiariamente, habrá que atender al propósito práctico perseguido por las partes y a la función empírica que las mismas han atribuido al negocio. (...).

Nuestro Código Civil establece, además, una regla supletoria para el caso de que en el negocio jurídico de constitución de la relación no se haya establecido a quién corresponde la facultad de elección ni tampoco pueda suplirse la laguna negocial mediante la aplicación de las correspondientes reglas de interpretación integradora. El artículo 1.132, para tal caso, concede el derecho de elección al deudor. Esta regla se funda en un

criterio de *favor debitoris* y en la idea de que en la duda las obligaciones deben interpretarse en favor de la libertad de la persona (*in obligationibus quod minimus est sequimur*). (p. 304-305)

Por su parte Castán Vázquez (1961) tomando en consideración que, la obligación alternativa recoge el criterio del *favor debitoris*, nos indica: “En efecto, a decidir que en la obligación alternativa “la elección corresponderá al deudor, al menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor”, atribuye como regla general al deudor la máxima ventaja que la elección supone; en los casos en que no se haya estipulado nada se podría desde luego dudar a quién corresponde la elección, y esta duda la resuelve el legislador buscando el mínimo rigor contractual” (p.11).

En el trabajo crítico sobre el *favor debitoris* efectuado por Carlos Rogel Vide (2010) nos habla de relativizar la elección conferida al deudor en las obligaciones alternativas, de cuyo texto podemos rescatar lo siguiente:

De la Cuesta, crítico y atinado matiza lo siguiente: «La consagración del *favor debitoris* que supone la exigencia de pacto expreso para atribuir la facultad de elegir a persona distinta del deudor es, hoy, objeto de crítica, fundada en las consecuencias injustas que puede acarrear. En efecto, la transcripción de la expresión del artículo 1190 del *Code civil* que recoge nuestro artículo 1132, se piensa hoy que no puede ser objeto de interpretación literal, pues de lo contrario se originarían situaciones como las que, ingeniosamente, planteó Álvaro D’Ors, en las que, siendo el acreedor la parte de más débil, se vería privado de la facultad de elección de la que creía gozar, lo que supone un desequilibrio que se acentúa aún más en los frecuentes supuestos de obligaciones alternativas constituidas a través de contratos por adhesión, principalmente en el mercado de transportes y de seguros, en los que habitualmente el deudor ocupa la posición más ventajosa.

Por todo ello, considerando que la situación económica y social contemplada en los orígenes del Código Civil era radicalmente distinta de la actual..., se propugna hoy día –indica de la Cuesta– una nueva interpretación, según la cual la atribución de la facultad de elección habrá de concretarse atendiendo en primer lugar a las declaraciones expresas de las partes, en segundo lugar y subsidiariamente al intento práctico

perseguido por las mismas y a la función concreta con que se haya concebido el negocio, antes de acudir a la suplencia legal de la voluntad de las partes, prosiguiendo la indagación de la voluntad real en el objeto y en la causa del negocio jurídico que dio vida a la obligación alternativa». (p.49-51)

Por su parte Hernández Gil (1983) no nos menciona al *favor debitoris* en relación a las obligaciones alternativas, sino nos indica: “La obligación alternativa no lleva implícita, en principio, una consideración preferente del interés del deudor, ni del interés del acreedor. En ella, más relevante que la cualidad de acreedor o de deudor, es la de titular del derecho de elección”.

De forma más directa y clara, apartándose ampliamente del *favor debitoris* en la regulación de las obligaciones alternativas, Karl Larenz (1958-1959) sobrepone la autonomía de la voluntad de las partes y nos manifiesta:

Existe obligación alternativa cuando se deben varias prestaciones, de forma que, no habiendo sido valoradas con criterio homogéneo por las partes, sino diversamente, *sólo una de ellas ha de ser cumplida*, bien por elección del acreedor o del deudor (...).

Deriva en primer término del contrato a quién le corresponde el *derecho a elegir*. Aunque aquél no contenga disposición alguna expresa, puede deducirse del sentido y finalidad de la regulación en conjunto que el derecho de elección corresponde entonces al acreedor. Solamente en supuestos distintos corresponderá la elección al deudor (p. 167-169).

Estando a lo expuesto en los anteriores párrafos, por nuestra parte concordamos con lo sostenido por Karl Larenz, aunque consideramos que, la prioridad en la elección en el ámbito de las obligaciones con prestaciones alternativas debe corresponderle al acreedor, cuyos intereses se encuentran latentes, pues en la generalidad de los casos en una relación obligatoria el deudor ha sido el primero en satisfacer su prestación, mientras que el acreedor se encuentra sujeto a recibir

su contraprestación que en sí dependerá de la predisposición del deudor en el cumplimiento de su obligación.

Es menester señalar que, la generalidad de atribuir la elección de la prestación al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero puede conducir en algunos casos incluso a situaciones de vulneración de la voluntad de las partes para el cual fue constituido la obligación.

En cuanto a la presunción de obligación facultativa, el Código Civil vigente establece: **“Artículo 1171.- En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa”**. Dicha decisión obedece, como en los anteriores casos, a la aplicación del *favor debitoris* tendiente a favorecer al deudor, dado que la obligación facultativa produce mayores ventajas para el deudor en vez de la obligación alternativa.

Sobre dicho precepto legal, Felipe Osterlin Parodi y Mario Castillo Freyre (2008) hacen una reflexión que consideramos importante señalar:

La segunda reflexión está vinculada al arraigado principio -proveniente del Derecho Romano- de que en situaciones de duda, como la planteada por el artículo 1171 del Código Civil, debe optarse legalmente por favorecer al deudor y no al acreedor. En nuestra opinión, no estamos en un mundo en el cual, en la gran mayoría de contratos, el acreedor sea la parte fuerte de la relación obligacional, mientras que el deudor sea la parte más débil. Pensamos concretamente en los múltiples contratos celebrados por adhesión, en los cuales los acreedores de los bienes o servicios son simples ciudadanos, mientras que los deudores son grandes empresas, que en muchos casos constituyen monopolios u oligopolios en el mercado.

Sin embargo, hoy tenemos dudas sobre las bondades de la solución adoptada por el Código Civil en el artículo 1171, bajo comentario. Decimos esto, pues en el supuesto de encontrarnos frente a una duda insoluble en torno a si una obligación es alternativa o facultativa, ocurrirá -entre otros

conceptos- que no resultará clara la existencia de una prestación principal y de otra accesoria (p. 247)

Los citados autores agregan que, en caso de duda insoluble no se sabrá cuál de las dos prestaciones es la principal y cuál es la accesoria, incluso no se sabrá siquiera si existe una prestación principal o si las dos son principales. Así, al aplicar lo dispuesto por el artículo 1171 del Código Civil y considerar a la obligación como facultativa, nos encontraríamos en la necesidad de calificar a una de las dos prestaciones como principal y a la otra como accesoria. Por lo expuesto, concluyen “hoy consideramos que la solución del referido precepto debió de ser que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se le tenga por alternativa” (p. 248).

En ese orden de ideas, mediante la presente tesis se propone la modificación de los artículos 1143, 1162 y 1171 del Código Civil de conformidad a los considerandos expuestos en párrafos anteriores y que forman parte de la propuesta de reforma legislativa que presentamos.

5.3. Presunción de solidaridad pasiva

La presunción de solidaridad pasiva se encuentra regulada en el Código Civil de 1984 como carácter expreso de solidaridad, de acuerdo al siguiente texto:
“Artículo 1183.- La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”

Es menester señalar en principio que, cuando hablamos de pluralidad de deudores nos estamos refiriendo a una obligación solidaria y en el caso de pluralidad de acreedores a un crédito solidario (Enneccerus Ludwig, 1966, pág. 442). En mérito a una obligación solidaria el acreedor podrá exigir el pago total a cualquiera de los deudores solidarios, pudiendo incluso dirigirse simultáneamente o sucesivamente a todos ellos hasta cobrar el íntegro de la deuda; así el acreedor podrá exigir de los varios patrimonios puestos a su disposición, en primer término, a su decisión, al deudor más solvente.

El derogado Código Civil de 1936 regulaba este tema de forma más detallada en el artículo 1209 como *“La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores, en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la ley o la obligación expresamente lo determine constituyéndola con el carácter de solidaria.”* Tal articulado guarda paridad con lo prescrito en el artículo 1137 del Código Civil español.

Sobre el origen de la regla de no presunción de la solidaridad, Carlos Rogel Vide acota:

En Derecho romano clásico se predicaba la solidaridad, sólo limitada después, en lo que a determinados fiadores respecta, por una epístola de Adriano -emperador desde el año 117 al 138- que establece el beneficio de división, beneficio que, progresivamente y a lo que parece, fue ampliando su campo de aplicación.

Es, con todo en la Novela 99 de Justiniano donde la solidaridad deviene excepción. Albertario precisa, al respecto, que dicha Novela «es fruto de la época bizantina, donde la piedad por el deudor prevalece sobre los objetivos intrínsecos del crédito y del comercio, y no del Derecho romano en su conjunto». (...)

La tesis de Pothier, en la que -cual se ve- aparece expresamente el *favor debitoris* como pretendida justificación de la no presunción de solidaridad, es acogida en el Código de Napoleón -cuyo artículo 1202 establece que la solidaridad no se presume en modo alguno, siendo necesario estipularla expresamente- y más tarde y como hemos visto, en el artículo 1137 del nuestro propio.

Luís Díez-Picazo (2007) refiriéndose a la no presunción de la solidaridad nos habla:

Su fundamento puede encontrarse en el criterio *favor debitoris* y en la idea de la conservación por éste de un mayor ámbito de libertad (*celui qui s'oblige ne veut que le moins*). La solidaridad entre todos los regímenes de pluralidad de partes es el más grave y más oneroso: cuando hay varios deudores, porque hace a todos ellos deudores de la totalidad; y cuando hay varios acreedores, porque permite a cualquiera de ellos percibir la totalidad del crédito, con el riesgo que ello acarrea para los demás. (p. 170-171)

Por su parte Castán Vázquez (1961), sobre la regla de no presunción de la solidaridad estima que, dicha regla procedente del derecho romano ha pasado a varios ordenamientos modernos. Siendo la solidaridad una institución puramente técnica -dice De Page- sólo la voluntad de las partes debe crearla y la solidaridad legal sería -como observa Giorgi- una agravante de la obligación que sometería al deudor a soportar a su pesar ciertas consecuencias de la culpa del codeudor, lo que supondría una desviación de las reglas de equidad. (p. 07)

Conforme se encuentra prevista en nuestro Código Civil, la solidaridad puede ser constituida por las partes o dispuesta por la ley de forma expresa. Sobre el primer punto Luís Díez-Picazo (2007) nos habla de la solidaridad negocial en tanto las partes tienen libertad para configurar en el negocio jurídico creador de la obligación, la organización de ésta, del modo que estimen más conveniente. Por regla general, el negocio jurídico que establece la solidaridad es el constitutivo de la relación obligatoria. En cambio, la solidaridad legal puede encontrarse

establecida por una disposición de la ley. El derecho español establece la solidaridad entre los diferentes mandantes frente a un único mandatario, entre comodatarios o entre consorcios en una sociedad colectiva. (p. 171-172)

En el derecho alemán, la forma expresa dispuesta para la solidaridad convencional ha sido interpretada por Ludwing Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff (1966) cuando señalan que, la deuda solidaria puede constituirse por contrato, si varias personas se obligan por contrato conjuntamente a una prestación divisible, en el derecho común, sólo están afectas, en la duda, como deudores parciales; contrario a ello siguiendo el precedente del ALR prusiano, establece que, si varios se obligan por contrato conjuntamente a una prestación divisible, en la duda, existe una deuda solidaria. (p. 448)

Siguiendo con el derecho alemán, conviene citar a Karl Larenz (1958-1959), quien enfatiza que, cuando varias personas se han obligado en común mediante contrato a realizar una prestación, aunque sea divisible, en caso de duda, es decir, si nada se pactó en otro sentido, responden como deudores solidarios. El fundamento de esta responsabilidad “solidaria” del deudor contractual, correspondiente a las concepciones de la vida, podía consistir en que la otra parte contratante confía en la disposición de cada deudor para cumplir la obligación contraída en común por sí sólo en caso necesario; por tanto, está en la protección de la confianza. (p. 500-501)

El hecho de que la solidaridad ha de ser **expresa**, no debe entenderse en un sentido absoluto. Así, Carlos Rogel Vide (2010) nos habla de la crisis del principio

de la no presunción de la solidaridad, y para explicarlo cita extractos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y redacta:

*La solidaridad puede resultar de la intención de las partes contratantes, inferida de las circunstancias concurrentes en el contrato y deducida de la interpretación del mismo. En todos aquellos casos en que la voluntad de las partes, manifestada de una u otra forma, se encamine a la constitución de la solidaridad, se producirá una aplicación prioritaria de los criterios de interpretación de los contratos respecto de la no presunción de solidaridad del artículo 1137 del Código Civil, llegando hablarse en estos pagos de *solidaridad tácita*". (...)*

Es posible y plausible, en fin, una *interpretación correctora de dicho artículo 1137*, tendente a la solidaridad, cuando se trata de facilitar y estimular la garantía de los perjudicados, en el caso de que exista una interna conexión entre las obligaciones de los distintos deudores. Particularmente en relación con las obligaciones mercantiles y sabida la necesidad de ofrecer garantías suficientes a los acreedores, el Tribunal Supremo ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca un resultado conjunto". (p. 56-59)

De igual manera, Luís Díez-Picazo (2007) nos habla de la erosión del principio de no-presunción de la solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y señala:

La jurisprudencia admitió también la posibilidad de establecer la solidaridad en virtud de una interpretación integradora del contrato. La STS de 7 de enero de 1979 no encontró obstáculo a la solidaridad (establecida en la instancia sin pacto de las partes) entre los compradores en proindiviso de una parcela de terreno. En la STS de 2 de junio de 1987 se admite que la solidaridad debe inferirse de la «voluntad de crear una obligación única» y de una intervención de los contratantes que actuaban siempre en común, lo cual parece abrir camino a la idea de una solidaridad impuesta por la función económica-social del negocio. Así, la STS de 2 de marzo de 1981 admitió la existencia de una «interpretación semicorrectora del artículo 1137». (p. 173-174)

En nuestro medio, resulta oportuno traer a colación la crítica a la regla de la no presunción de la solidaridad expresada por el profesor Carlos Cárdenas Quirós, cuando afirma:

Inspirada en el *favor debitoris*, no parece constituir ésta una solución que guarde correspondencia con la realidad del tráfico económico,

particularmente cuando existe pluralidad de deudores. Adicionalmente, tampoco resulta coherente que el Código establezca como regla la anotada y en materia de fianza, para el caso concreto de la confianza, considere como principio la solidaridad, según se deriva de lo establecido en el artículo 1886. Con mayor razón si el antecedente de este artículo constituye el artículo 1946 del Código Civil italiano, que a su turno presume la solidaridad en caso de pluralidad de deudores en su artículo 1294. (p. 176)

Dicho esto, estando a la redacción actual de nuestro Código Civil sobre la presunción de solidaridad pasiva, ésta encuentra su fundamento en la severidad en que el acreedor puede exigir el íntegro de su prestación a cualquiera de sus codeudores a menos que esté expresamente pactado por las partes. Al margen de dicha severidad, nuestro ordenamiento legal descuida la satisfacción en la contraprestación del acreedor.

Por lo que la modificación de la no presunción de solidaridad por la presunción de solidaridad resulta más equitativo para las partes de la relación obligatoria, pues incluso en la práctica judicial permitiría al acreedor exigir la satisfacción de su prestación indistintamente a cualquiera o a todos los deudores, e incluso en el domicilio de cualquiera de sus deudores, teniendo la posibilidad de elegir la jurisdicción territorial, así como al deudor con mejor solvencia económica para afrontar el pago total de la deuda. En ese sentido, proponemos la modificatoria del artículo 1183.

5.4. Mora

Sobre la definición de la mora, Luis Díez-Picazo (2007) señala: “Denominamos mora a la situación en que se encuentra el deudor retrasado en el cumplimiento,

cuando, cumplimos los requisitos necesarios para ello, debe asumir una especial responsabilidad por su retraso” (p. 626). “La mora es la traducción jurídica de la demora en el cumplimiento de la obligación” (Torres, Código Civil, 2002, pág. 756).

A tenor de lo expuesto por Karl Larenz (1958-1959), al lado de la imposibilidad patrimonial del deudor para cumplir su prestación, la mora viene a ser el segundo modo de infracción del deber de prestación, señalando a renglón seguido:

Entendemos por mora el retraso en el cumplimiento de la prestación imputable al deudor. Este retraso puede basarse en las más diversas causas, entre otras también en aquellas que hacen imposible la prestación o en supuestos que imposibilitan al deudor cumplirla. Más en estos últimos casos se aplican, sin embargo, los preceptos especiales acerca de la imposibilidad sobrevenida, mientras que los preceptos sobre la mora solamente rigen cuando y en tanto la prestación sea posible y en tanto el deudor no esté permanente y definitivamente imposibilitado de cumplirla. De acuerdo con ello las normas que regulan la mora presuponen fundamentalmente la susceptibilidad de cumplimiento de la prestación. (p. 339-340)

De lo anterior se puede colegir que, en general la mora va a regir cuando la prestación sea posible y el deudor no este imposibilitado de cumplirla. En la legislación nacional cuando hablamos de mora del deudor, nos referimos básicamente a la mora prevista en el **Artículo 1333** (Constitución en mora) y el **Artículo 1194** (Efectos de la mora en las obligaciones solidarias) del Código Civil.

De conformidad con el **“Artículo 1333.- Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.**

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

2. *Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.*
3. *Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.*
4. *Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.”*

La legislación española en su artículo 1.100 del Código Civil, al igual que la nuestra, ha considerado que “incurren en mora los obligados a dar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”, para tal efecto ha de cumplirse, como señala Luis Díez-Picazo (2007), con los siguientes requisitos:

1. El carácter positivo de la obligación; debe consistir en obligaciones de dar o hacer, dado que en las obligaciones negativas no cabe la mora.
2. La exigibilidad de la prestación; que la obligación haya devenido en exigible, esto supone la llegada del vencimiento si se trata de una obligación a término y la aparición de la condición si se trata de una obligación condicional.
3. La liquidez de la deuda; no existe liquidez de las obligaciones cuando para conocer la cuantía de la deuda se precisa seguir un juicio o estar determinada en una sentencia.
4. La imputación al deudor del retraso en el cumplimiento; la mora existe cuando el retraso ha sido voluntario o doloso o ha obedecido a culpa o negligencia del deudor en la producción del impedimento temporal de

prestación, de manera que no lo haya previsto, pudiendo preverlo no lo ha evitado, pudiendo evitarlo.

5. La interpelación o intimación del acreedor, salvo en aquellos casos en que la ley no lo considere necesario; esto es, que, una vez vencida la deuda, el acreedor se haya dirigido al deudor interpelándolo para que cumpla. (p. 626-629)

De la literalidad del primer párrafo del texto del artículo 1333 tenemos que, para que el deudor quede constituido en mora es necesario que sea interpelado por el acreedor, este modo de constituir en mora es conocida como la *mora ex personae*, dado que exige al acreedor requerir el pago judicial o extrajudicialmente al deudor, de lo contrario hasta se puede entender que la demora en el cumplimiento de la obligación del deudor no lo afecta, pues tácitamente hasta estaríamos ante la prórroga del plazo.

Esta forma de concebir la mora tiene sustento en el *caduco favor debitoris*, pues se quita de gran responsabilidad a los deudores, imponiéndose la carga de exigir el cumplimiento de la relación obligatoria a los acreedores. Cosa distinta sería si la mora fuera automática (*mora ex re*), como sucede en el segundo párrafo del artículo sub examine, en mérito al cual el deudor puede incurrir en mora por el solo vencimiento del plazo.

Es menester señalar que, mayormente las obligaciones deben de cumplirse en un plazo determinado, lo que significa que desde un inicio el deudor tiene plena conciencia de su responsabilidad, por ende, no sería necesario intimarle en mora,

sino correspondería asumir automáticamente las consecuencias de su irresponsabilidad; por tanto, debe dejarse de lado la protección legal a favor del deudor como es la intimación en mora y en reemplazo debe regularse que *incurre en mora automática el obligado desde el cumplimiento de su obligación*.

Ahora bien, esta mora automática contra el deudor será posible si también se modifica el lugar de pago la obligación, como también lo estamos proponiendo en la presente tesis, siendo en primer término el domicilio del acreedor al tiempo del nacimiento de la obligación, con ello se evitaría que el deudor se favorezca con los cambios de domicilio, conducta que muchas veces adopta con la única finalidad de evitar ser notificado judicial o extrajudicialmente y de ese modo impedir caer en mora en perjuicio de su acreedor.

En cuanto a la mora en las obligaciones solidarias, el **Artículo 1194** del Código Civil establece: *“La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.*

La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros”.

Es menester señalar que, en mérito a una obligación solidaria el acreedor puede exigir el pago total a cualquiera de los deudores solidarios, pudiendo incluso dirigirse simultáneamente o sucesivamente a todos ellos hasta cobrar el integro de la deuda, siendo ello así la solidaridad pasiva se convierte en una garantía del acreedor para satisfacer su contraprestación. Por ello, si la mora fuera automática

(*mora ex re*), los efectos de la constitución en mora de un deudor solidario debe surtir efecto respecto a los demás deudores culpables.

En ese orden de ideas se propone la modificación del Artículo 1194 del Código Civil en el sentido de que, la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios surte efecto respecto a los demás, salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible; sin perjuicio del derecho de reembolso de lo pagado por concepto de mora contra los demás culpables.

CONCLUSIONES

1. El *favor debitoris*, entendida en el sentido de protección de la parte más débil de una relación obligatoria, tuvo razón de ser en escenarios donde la vida del deudor se encontraba gravada o mejor dicho la persona del deudor pasaba a ser el objeto de la relación obligatoria, pues si el deudor no honraba su deuda en el mejor de los casos podía ser puesto en prisión por su acreedor, quien también tenía la facultad de reducirlo a la esclavitud, como tal venderlo e incluso llegar al extremo de matarlo y descuartizarlo para repartir su cuerpo en pedazos entre los demás acreedores si los hubiese.
2. El actual Código Civil de 1984 mantiene dentro de los Libros de Las Obligaciones y Fuentes de las Obligaciones al caduco *favor debitoris*, a pesar que dicha figura no se encuentra regulada textualmente en nuestro ordenamiento civil, pero desde sus inicios la legislación civil ha sido normada bajo el espíritu de las reglas que favorecen al deudor.
3. El tratamiento como principio al *favor debitoris*, se encuentra negada en la legislación nacional y extranjera, dado que la protección en todo caso debería realizarse a la parte más débil de la relación obligatoria, sea esta acreedor o deudor, y no exclusivamente al deudor; aunque debemos considerar que, en nuestros días, la incorporación del *favor debitoris* como principio resulta innecesaria e inoportuna.

4. Desde la época romana los legisladores se han preocupado por emparejar la condición del deudor a la de su acreedor, en la creencia de que éste se encontraba en una posición más cómoda que la de su deudor, cuando en realidad antes y ahora la presunta debilidad del deudor no debió entenderse como una regla en la generalidad de los casos, pues hay momentos en que el deudor tiene una posición más holgada que la de su acreedor.

5. El actual Código Civil de 1984 requiere de una reforma integral acorde a nuestros tiempos, con revisión de los principios y el espíritu que conforman la estructura de las instituciones del citado código, entre ellos el llamado *favor debitoris* que a la postre se ha alejado ampliamente de la concepción que se tuvo en el derecho romano y que hemos heredado por influencia del Código Civil Francés.

6. La intervención del estado en las relaciones obligatorias resulta de suma importancia para regular la voluntad de las partes, pues otorgarles total libertad conllevaría a tener cláusulas abusivas que no harían más que ahuyentar la formación del contrato, empero dicha intervención no debe contemplar un apoyo cerrado a una de la partes del contrato como es el caso del deudor por su sola condición de tal, sino debe velar por el cumplimiento de los contratos con las garantías que revisten el orden público y las buenas costumbres.

7. La intervención del Estado dentro del marco de la relación obligacional deudor-acreedor debe configurarse desde su creación hasta su ejecución

sin tener en cuenta la figura del *favor debitoris*, pues los problemas de su aplicación se van a ver reflejados sobre todo en el momento en que el acreedor recurra al órgano jurisdiccional a exigir a su deudor el cumplimiento de su contraprestación; empero con normas proteccionistas del deudor se impedirá que el deudor cumpla con su deber de satisfacer la pretensión de su acreedor.

8. La idea de quien se obliga, se obliga a lo menos no debe ser entendida como la facultad del deudor de liberarse o de enervar su responsabilidad frente a su acreedor, pues de seguir en esa línea se estará fomentando la irresponsabilidad del deudor, dado que de antemano el deudor tendrá las herramientas legales necesarias para poder eludir o dilatar el cumplimiento de su obligación en desmedro de su acreedor, quien confió en él en la creencia de que negociaba con un sujeto con los mismos deberes y obligaciones que la suya.
9. En el mundo moderno la responsabilidad patrimonial del deudor no engloba una responsabilidad personal con su propio cuerpo, lo que hace innecesaria seguir protegiendo al deudor como si fuera la parte más débil de la relación obligatoria, máxime si incluso el patrimonio del deudor se encuentra protegido por nuestro ordenamiento procesal civil, debido a que en el artículo 648 del Código Procesal Civil taxativamente se contempla cuáles son los bienes inembargables.
10. A diferencia de la legislación civil el Código de Protección y Defensa del Consumidor regula expresamente dentro de sus principios al Principio Pro

Consumidor, situando al deudor-consumidor como la parte débil de la contratación de consumo, debido a que en un mercado tan creciente como el moderno, el consumidor va a carecer de la autonomía de la voluntad, lo que no sucede en la contratación bajo el amparo de las normas que regulan el Código Civil.

11. La formulación del Código Civil de 1984 se produjo bajo el amparo de la Constitución Política del Perú de 1979, en cuyo modelo económico los medios de producción estaban principalmente en manos del Estado, dada a su cualidad intervencionista, mientras que con la dación de la Constitución Política del Perú de 1993 la riqueza se va a generar principalmente desde el sector privado; así el Estado debe brindar seguridad jurídica tanto al deudor como al acreedor y no solo al deudor como se viene legislando en la actualidad en mérito al *favor debitoris*.

12. Las modificaciones al Código Civil han venido dándose de manera reactiva ante la necesidad de reforma de un tema contenido en un artículo en particular, más no así de forma institucional de acuerdo a los cambios que ha venido experimentando nuestra realidad social.

13. El Estado debe garantizar la promulgación de normas legales que estén enmarcadas dentro del derecho moderno y que favorezcan el pago, pues en el mundo moderno el crédito se constituye como una necesidad del tráfico económico y para que el deudor sea sujeto a crédito se requiere que su acreedor confíe en él.

RECOMENDACIONES

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL

Reglas para elección de bien incierto

Artículo 1143.- En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al **acreedor**, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media.

Reglas para elección de prestaciones alternativas

Artículo 1162.- La elección de la prestación corresponde al **acreedor**, si no se ha atribuido esta facultad al **deudor** o a un tercero.

Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.

Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144.

Presunción de obligación alternativa

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

Carácter expreso de la solidaridad

Artículo 1183.- La solidaridad se presume en toda obligación en que concurren dos o más deudores, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación.

Efectos de la mora en las obligaciones solidarias

Artículo 1194.- La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios surte efecto respecto a los demás, salvo para aquél cuya deuda o crédito, respectivamente, aún no sea exigible; sin perjuicio del derecho de reembolso de lo pagado por concepto de mora contra los demás culpables.

Presunción de pago total

Artículo 1231.- Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, los tres últimos recibos hacen presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario.

Presunción de pago de intereses

Artículo 1232.- El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, no hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario.

Lugar de pago

Artículo 1238.- El pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor al tiempo del nacimiento de la obligación, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor.

Mora

Artículo 1333.- Incurre en mora **automática el obligado desde el vencimiento de su obligación.**

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

REFERENCIAS

Referencias Bibliográficas

- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Alterini, Atilio Aníbal; López Cabana, Roberto M. (1990). Contratación Contemporánea y Defensa Patrimonial del Deudor. En *Congreso Internacional de Derecho Civil Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano* (págs. 267-283). Lima Perú: Cultural Cuzco S.A.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Ayasta Gonzalez, J. (1991). *El Derecho Comparado y los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Lima: Ediciones RJP.
- Betti, E. (1969). *Teoría General de las Obligaciones* (Vols. I, II). Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
- Bullard Gonzalez, A. (2002). Sobre tortillas, huevos, crédito y deudores. *Gaceta Jurídica*, 2(14), 5.
- Cárdenas Quirós, C. (s.f.). *La Reforma del Derecho de Obligaciones en el Código Civil de 1984*. Obtenido de www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/9064/9475.
- Castán Vázquez, J. M. (1961). *El "favor-debitoris" en el Derecho Español*. Obtenido de www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-favor-debitoris-en-el-derecho-espanol.
- De la Puente y Lavalle, Manuel. (2003). *El Contrato en General - Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil* (Vol. I). Perú: Palestra Editores.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial - Las Relaciones Obligatorias* (Vol. II). Navarra, España: Civitas.
- Editora Normas Legales. (2005). *Código Civil - Exposición de Motivos y Jurisprudencia*.
- Enneccerus Ludwig, K. T. (1966). *Tratado de Derecho Civil - Derecho de Obligaciones* (Vols. I, II). Barcelona, España: Bosch Casa Editorial.
- Fernández Cruz, G. (s.f.). *La Obligación*. Obtenido de https://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/16/.
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima Perú: ADRUS.
- Hernández Gil, A. (1983). *Derecho de Obligaciones*. Madrid, España: CEURA.
- Larenz, K. (1958-1959). *Derecho de Obligaciones* (Vols. I, II). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Meza, I. C. (2005). Hace 200 años el Perú recibió el Código de Napoleónico. *Revista del Foro*.

- Moisset de Espanés, L. (2004). El favor debitoris y la demora judicial. *Gaceta Jurídica*(128), 71-75.
- Moisset de Espanés, Luís; Tinti, Guillermo P;. (s.f.). *Consideraciones sobre el consumo y el derecho del consumidor*. Obtenido de www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/aartconsideacionesobreconsumoyderechoconsumidor.
- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2008). *Compendio de Derecho de Obligaciones*. Lima: Palestra Editores.
- Peces Barba , G., Fernandez, E., & De Asís, R. (1999). *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Quispe Correa, A. (2002). *La Constitución Económica*. Lima: Gráfica Horizonte S.A.
- Ramos Nuñez, C. (1997). *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*. Lima: PUCP Fondo Editorial.
- Rogel Vide, C. (2010). *Favor debitoris - Análisis crítico*. Madrid, España: Reus S.A.
- Romero Zavala, L. (2000). *El Derecho de las Obligaciones en el Perú* (Vol. Tomo II). Lima, Perú: FECAT.
- Salinas Rivas, S. (2001). El Rol del Estado en la Contratación Privada: A propósito del principio de protección del deudor en el Código Civil peruano. En Varios, *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* (págs. 101-130). Lima: UPC.
- Sarfatti, M. (1945). *Introducción al Estudio del Derecho Comparado*. México: Imprenta Universitaria.
- Torres, V. A. (2002). *Código Civil*. Lima : IDEMSA - TEMIS S.A.
- Torres, V. A. (2008). *Diccionario de Jurisprudencia Civil*. Lima: GRIJLEY.
- X Jornadas Nacionales de Derecho Civil. (1985). Obtenido de <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/.../Ed-anteriores-14-X-Jornadas-1985.pd...>