

LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO EN LOS CÓDIGOS CIVILES DEL PERÚ DE 1936 Y 1984: EL DERECHO DE OBLIGACIONES(*)

CARLOS CARDENAS QUIRÓS¹

Abogado. Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Lima
Pontificia Universidad Católica del Perú
Académico correspondiente de la
Academia Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Córdoba

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Derecho Iberoamericano. 3. Las influencias en la normativo. 4. La influencia metodológica. i. La regulación de las obligaciones en el Código Civil del Brasil. ii. El Código Civil del Perú de 1936. Ubicación de la cláusula penal. iii. Ubicación de la mora y el pago indebido. iv. Ubicación de la transacción. v. El Código Civil de 1984. Ubicación de la mora y la cláusula penal. vi. Ubicación del pago indebido. vii. Ubicación de la transacción. 5. Las obligaciones y la metodología del Código argentino. 6. Ejemplos de la influencia en el orden normativo. i. Transferencia de la propiedad de los bienes muebles. ii. Obligaciones con prestación de hacer. iii. Obligaciones con prestación de no hacer. iv. Obligaciones facultativas. v. Solidaridad activa: el principio de prevención. vi. Subrogación parcial. vii. La dación en pago. viii. Definición de culpa leve. 7. Conclusión.

1. Introducción.

El presente trabajo tiene por propósito destacar la influencia que ha tenido el Código Civil argentino sobre los Códigos Civiles del Perú de 1936 y 1984, en relación con el Derecho de Obligaciones.

El estudio se limita a la evaluación de unas pocas materias, que no son ciertamente las únicas relacionadas con el Derecho de Obligaciones, en las que el Código de Vélez Sarsfield ha constituido su antecedente inmediato.

2. El Derecho Iberoamericano.

A decir del comparatista británico Gutteridge: "los derechos de los países iberoamericanos forman un verdadero grupo porque tienen una fisonomía propia con características distintas a

(*) El presente texto aparecerá publicado próximamente en el libro preparado en homenaje al ilustre jurista argentino Profesor Alberto J. BUSTOS.

¹ Miembro del Consejo Consultivo de ADVOCATUS Nueva Época.

las de los países europeos de derecho codificado. Los derechos iberoamericanos están inspirados por consideraciones políticas, sociales y económicas, distintas de las que inspiraron los códigos europeos del siglo XIX y ha sido menos difícil a los legisladores de Iberoamérica romper con las tradiciones del pasado. Estos legisladores no han vacilado, cuando lo han creído deseable, en aprovechar las experiencias de los otros sistemas de Derecho, incluso el del common law, con el resultado de que sus realizaciones representan, con frecuencia, los últimos progresos de la ciencia jurídica¹².

No es de extrañarse por ello, que un jurista de la talla de don José Castán Tobeñas, reconozca sin reservas que "durante el siglo XIX y el actual, los países iberoamericanos han sabido legar a la cultura humana grandes creaciones jurídicas. Teixeira de Freitas y Clovis Bevilacqua, en el Brasil; Bello, en Chile; Vélez Sarsfield, en la Argentina –dice Castán Tobeñas– son nombres muy ilustres que merecen la admiración de la historia. Su espíritu constructivo y de gran originalidad supo dar cima a empresas codificadoras dignas de elogio"¹³.

Es perfectamente explicable entonces, y también absolutamente legítima como método, que la obra de los eminentes codificadores citados, haya sido considerada como modelo de distintos códigos dictados con posterioridad. En el caso del Perú es apreciable el aporte del Código argentino, particularmente en la formulación del Código de 1936, aporte por cierto al que no ha resultado ajeno el Código de 1984.

3. Las influencias en lo normativo.

En materia del Derecho de Obligaciones, esto es, el regulado en el Libro VI del Código Civil peruano vigente, el Código argentino ha tenido dos tipos de influencia sobre los Códigos nacionales de 1936 y 1984 en el orden normativo. Respecto al primero, tal influencia ha sido directa o inmediata. A propósito del segundo, ha sido indirecta o derivada.

Sostengo que la influencia ha sido directa, en la medida en que el Código de 1936 adoptó simple y llanamente determinadas soluciones legislativas tomándolas del Código de Vélez, literal o casi literalmente. En relación con el Código de 1984, tal influencia la califico como indirecta o derivada en razón de que el código vigente se ha limitado en esos casos a reproducir lo que el Código de 1936 ya establecía. Por eso vía, el entroncamiento con el Código argentino subsiste.

4. La influencia metodológica.

Conviene advertir, sin embargo, que en lo metodológico, esto es, a propósito de la estructura de la regulación de las distintas materias que componen el Derecho de Obligaciones en los Códigos nacionales dictados en este siglo, no fue el Código de Vélez Sarsfield la fuente inmediata de inspiración, sino más bien el Código Civil del Brasil que entró en vigencia el 1 de enero de 1917.

I. La regulación de las obligaciones en el Código Civil del Brasil.

El Código brasileño dedica su Libro III al Derecho de Obligaciones, cuyas materias desarrolla en dos títulos: el primero se ocupa de las modalidades de las obligaciones y el segundo de los

2 Cit. por José Castán Tobeñas. Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos del Mundo Occidental. En: *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Abalado Perrot. Buenos Aires, 2000. Pág. 75.

3 Ídem, págs. 77-78.

efectos de las obligaciones. Ésta es la forma como desarrollaba las cosas el Código de 1936 (si bien no de manera autónoma como se hace en el Libro VI del Código vigente, pues su Libro V igualmente se ocupaba del acto jurídico y de los contratos) y como también lo hace el Código de 1984, si bien con algunas diferencias que destacaremos después.

ii. El Código Civil de 1936. Ubicación de la cláusula penal.

En ese orden de ideas, en el Código de 1936, como en el del Brasil, la cuestión relativa a la denominada cláusula penal, fue regulada en el Título relativo a las distintas especies de obligaciones, como por lo demás también lo hace el Código argentino.

Dice Olaechea, el ponente del Libro V del Código de 1936, a propósito de la ubicación de la cláusula penal:

"Códigos tan justamente admirados como el suizo, el brasileño y el español se ocupan de la cláusula penal al tratar de las modalidades de las obligaciones (...). El método del anteproyecto es también el método del codificador argentino"⁴.

iii. Ubicación de la mora y el pago indebido.

Siguiendo la misma pauta legislativa, la mora y el llamado pago indebido son tratadas en el capítulo relativo al pago, como lo hace igualmente el Código argentino.

Olaechea lo reconoce así cuando al presentar su proyecto de organización del Libro V señala:

"Incorpora en este lugar (Sección tercera -Efectos de las obligaciones-, Título 1. Del pago), imitando al Código del Brasil, todo lo concerniente al pago indebido y a la mora"⁵.

iv. Ubicación de la transacción.

Por último, la transacción es desarrollada como un modo de extinción de obligaciones, al igual que en el Código del Brasil y en el argentino.

v. El Código Civil de 1984. Ubicación de la mora y la cláusula penal.

En el caso del Código de 1984, si bien se respeta básicamente la estructura consagrada por el Código de 1936, se traslada la regulación de la mora y la cláusula penal al final del Libro VI, al Título relativo a la inexecución de obligaciones, pues se trata de materias que precisamente están vinculadas a la inexecución de la relación obligatoria o a su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

vi. Ubicación del pago indebido.

En cuanto al pago indebido, se le mantuvo donde estaba ubicado en el Código de 1936, si bien en un capítulo separado, pero dentro del Título relativo al pago.

4 Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano citada por Supremo decreto de 26 de agosto de 1922 (Sesiones 1ª a 57ª), Primer y segundo fascículos. Imprenta "El Progreso Editorial", Lima, 1923, pág. 284.

5 Ídem, pág. 286.

Tal solución no es idónea.

La figura impropriadamente denominada "pago indebido" está, en efecto, inadecuadamente ubicada en el Código. Lo característico de ella es el desplazamiento patrimonial de lo que no se debe o por quien no debe o a quien no se debe y la consiguiente obligación de restituir. No hay propiamente pago, pues éste importa necesariamente la existencia de una relación obligatoria válida y vigente y la ejecución de la prestación debida. Si se entrega algo no debido, ya sea porque nunca se debió o porque la obligación quedó extinguida oportunamente por efecto del pago, o por quien no debe, creyendo deber -y no haciéndolo como tercero-, o a quien no tiene la condición de acreedor, asumiéndolo erróneamente como tal, no se está extinguiendo ninguna obligación. ¿Qué razón hay entonces para ubicar el tema dentro del capítulo del pago?

Convengo plenamente con Luis Moisset de Espanés⁶ en el sentido de que se trata de una verdadera fuente de obligaciones y, por tanto, que la figura debe estar ubicada junto con las demás fuentes de las obligaciones, por cierto con una denominación distinta -para lo cual propongo la de "desplazamiento patrimonial indebido"- y como una Sección autónoma. Así precisamente se plantea en el proyecto de reforma del Libro de Obligaciones.

vii. Ubicación de la transacción.

Tampoco es adecuada la ubicación de la transacción en el código vigente, que también el Código argentino coloca en el ámbito de la extinción de las obligaciones.

El Código peruano de 1852 consideró a la transacción entre los contratos típicos. Ésta es la tendencia mayoritaria consagrada en códigos como el francés, chileno, colombiano, ecuatoriano, uruguayo, español, alemán, mexicano del Distrito Federal, italiano de 1942, venezolano de 1942, portugués de 1967, boliviano de 1975 y paraguayo de 1987.

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

La transacción es un contrato que tiene por propósito acabar con una controversia existente entre las partes y que es materia o no de un proceso judicial. La solución de la discrepancia se produce como consecuencia de las concesiones que las propias partes se hacen recíprocamente [autocomposición del conflicto].

Como expresa De Ruggiero⁷, "el supuesto de la transacción no es otro que la incerteza de una determinada relación jurídica; su objeto, el dar fin a esta incerteza. Cuando en torno a una situación jurídica reina incerteza entre las partes, ya sea porque objetivamente la relación se presentó dudosa o porque aun siendo cierta una de las partes la contestó y por esta contestación la relación se ofrece incierta, precisa, para poner fin al litigio iniciada o para evitar los que en

6. Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina. En *Temas*, Revista de Derecho, Segunda Época, N.º 2, Lima, 1992, págs. 65 a 68.

7. *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, volumen primero, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A. Traducción de la cuarta edición italiana, revisada y concordada con la legislación española por Ramón Sanzón Sañer y José Sarría-Cruz Tejero, Madrid, 1944, pág. 519.

el futuro pudieran surgir, un acuerdo entre los interesados; merced a concesiones recíprocas se imprime firmeza y certidumbre a la relación, cesando el litigio en curso o impidiendo los futuros”.

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

Esto explica que, a propósito del proyecto de reforma del Código de 1984, se haya planteado que el tratamiento de la transacción pase a ubicarse entre los contratos típicos.

5. Las obligaciones y la metodología del Código argentino.

En cuanto respecta al Código de Vélez Sarsfield, su Libro Segundo—De los derechos personales en las relaciones civiles—, toma como modelo el proyecto de Freitas. La importancia de este trabajo es reconocida explícitamente por el codificador argentino en un oficio de 21 de junio de 1865 con el que acompañó los dos primeros libros de su proyecto de Código. Dice así:

“Me he servido principalmente del Proyecto de Código Civil para España del señor Goyena; del Código de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeos y sobre todo del Proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos”.

La Sección Primera del indicado Libro trata de las obligaciones en general y de las obligaciones con relación a su objeto en su Parte Primera y acerca de la extinción de las obligaciones en su Parte Segunda.

Hay ciertamente una afinidad grande en el orden de desarrollo de las materias con el de nuestros códigos de 1936 y 1984, aun cuando debe destacarse que ambos omitieron la regulación de las obligaciones naturales, de las principales y accesorias, así como de las condicionales y a plazo, que se desarrollan en la Parte Primera antes mencionada.

Esto en lo que atañe a la estructura de los códigos.

6. Ejemplos de la influencia en el orden normativo.

En cuanto se refiere al orden normativo, de la comparación de los textos, de un lado, el Código argentino, y del otro, el Código de 1936, es posible comprobar que el ponente del Libro V, doctor Olaechea, reprodujo efectivamente, de manera textual o casi textual muchas soluciones legales, apartándose también en otras.

Se dio igualmente el caso de que tanto el primer como el segundo anteproyectos del Libro V del Código de 1936 incluyeron determinadas reglas tomadas del Código argentino, que finalmente no quedaron incorporadas en el proyecto final del Código derogado. Así, por ejemplo, la regla según la cual la obligación de dar comprende la de entregar todos sus accesorios, que es la del artículo 575 del Código argentino. Sin embargo, el Código de 1984 sí la consideró en el segundo párrafo de su artículo 1134, aun cuando no reprodujo literalmente el texto del artículo 575 del Código argentino, que por cierto es original de Vélez.

El primer anteproyecto de la Sección Segunda del Libro V, presentado en la sesión de la Comisión Reformadora del Código de 1852 de 28 de octubre de 1925, indica las fuentes de

cada uno de los artículos que la integran. Lo mismo ocurre con el anteproyecto de la Sección Tercera, cuya primera parte fue presentada en la sesión de 13 de enero de 1926.

Uno de los códigos más mencionados es precisamente el argentino, aun cuando como curiosidad correspondía indicar que la numeración de los artículos contenida en el texto de Olachea, que aparece reproducida en las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora, no concuerda con la del Código argentino ni con la de otros códigos que se cita. Puede tratarse de un error de imprenta, pero se repite singularmente en numerosas ocasiones.

I. Transferencia de la propiedad de los bienes muebles.

Es interesante llamar la atención acerca del artículo 121 del primer anteproyecto según el cual:

“Antes de la tradición de la cosa mueble cierta, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”.

La regla tiene su origen en el artículo 577 del Código argentino que establece:

“Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”.

La propuesta de Olachea no fue finalmente recogida en el Código de 1936. Al carecerse de un precepto que, de modo concluyente, esclareciera el modo de transmisión de la propiedad respecto de los bienes muebles, durante la vigencia del código derogado de 1936 se suscitó un interesante debate entre quienes sostenían la tesis según la cual no era necesario la tradición para transferir la propiedad de los muebles (tesis espiritualista) y aquellos que, por el contrario, planteaban que para ello era necesaria la entrega (tesis materialista). Los argumentos en uno y otro sentidos eran muy convincentes.

Sólo con la vigencia del Código de 1984 quedó zanjado el asunto. Así, su artículo 947 señala que:

“La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”.

II. Obligaciones con prestación de hacer.

Acerca de las obligaciones con prestación de hacer, los artículos del Código de 1936 (arts. 1182 a 1187) son casi reproducción literal de los artículos 625 a 630 del Código argentino. Debe dejarse constancia de que el código vigente ha alterado significativamente las reglas del código derogado sobre el particular.

III. Obligaciones con prestación de no hacer.

Cosa similar ocurre respecto de las obligaciones con prestación de no hacer. El Código de 1936, en sus artículos 1188 a 1190, reproduce de manera casi textual los artículos 632 a 634 del Código de Vélez Sarsfield.

IV. Obligaciones facultativas.

En materia de obligaciones facultativas –a las que, siguiendo a Lorenz, habría que denominar

más propiamente como obligaciones con facultad de sustitución- el Código de 1936 siguió casi literalmente al argentino, aun cuando sólo dedicó dos artículos a la materia en comparación con los nueve del Código argentino.

Como se sabe, en esta categoría obligacional el deudor dispone de la facultad de cumplir la prestación debida mediante una prestación distinta –solitaria o facultativa–.

Olaechea, al responder las observaciones a su primer anteproyecto formuladas por el doctor Oliveira dice:

"Hay Códigos, como el Argentino, que legislan separadamente la obligación facultativa de la alternativa, y el anteproyecto sigue tan buen modelo para facilitar el conocimiento de ambas clases de obligaciones y por el interés práctico que la clasificación tiene desde el doble punto de vista del riesgo y de la culpa".

Así, el artículo 1198 del Código de 1936 dice:

"La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella" (Este artículo corresponde textualmente al artículo 1168 del Código de 1984).

Su antecedente es el artículo 644 del Código argentino, que indica:

"La naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella" (Este texto es el que reproducía literalmente el artículo 153 del primer anteproyecto de 1925 del Código de 1936).

No obstante, a propósito de esta misma materia, el Código de 1936 se apartó del argentino en un punto. Su artículo 1199 establece:

"En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa se tendrá por facultativa".

Es casi el mismo texto que el artículo 1171 del Código de 1984 que varía sólo en cuanto que su parte final indica: "se la tiene por facultativa".

En cambio, el artículo 651 del Código argentino opta por la solución opuesta:

"En caso de duda si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa".

Dice Olaechea en la fundamentación del artículo 154 de su primer anteproyecto lo siguiente:

"Este artículo estatuye a la inversa del artículo 685 (debió decir 651) del Código argentino, que se desvía del principio según el cual las obligaciones se interpretan siempre en favor del deudor, al establecer que en caso de duda la obligación se tendrá por alternativa, forma jurídica evidentemente más gravosa para el deudor que la simplemente facultativa".

La solución del Código de 1936 era ya la del Código de Costa Rica (art. 661) y fue sido

R Actas citadas en nota 3, págs. 289-291.

B Actas citadas en nota 3, Quinto fascículo (Sesiones 121ª y 141ª). Segunda edición. Imprenta C.M. Castrillón, Lima, 1926, pág. 129.

seguida posteriormente por los Códigos de Guatemala (art. 1346) y Bolivia de 1975 (art. 424).

Alterini, López Cabana y Ameal, refiriéndose a la regla del Código argentino señalan que "dicha solución ha sido criticada por Lafaille y Calvo, quienes sostienen que -de esa forma- el ordenamiento jurídico se aparta sin fundamentos valederos del principio que consagra el favor debitoris"¹⁰. Y agregan que "por nuestra parte entendemos, como la mayoría de la doctrina nacional que -no obstante ello- el criterio legal es atinado, por cuanto la obligación facultativa establece una facultad excepcional en beneficio del deudor que, como tal, debe encontrarse claramente estipulada; y, en caso contrario, debe primar el principio de buena fe que indica que toda obligación se pacta para ser cumplida"¹¹.

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

Este problema se agudizará todavía más si la duda se presenta a propósito de una relación obligatoria constituida por un número de prestaciones mayor de dos, lo que tanto el Código de 1936 como el de 1984 no sólo no descartan sino que más bien presuponen. En cambio, si la duda se esclarece en el sentido de que la obligación es alternativa, no se suscitarán mayores inconvenientes. En este orden de ideas, el proyecto de reforma del Código de 1984 plantea la modificación del artículo 1171 estableciendo precisamente que la duda se resuelva considerándose que la obligación es alternativa.

En esa dirección, consagrada en primer lugar en el Código de Chile (art. 1507), se pronuncian también los Códigos de Colombia (art. 1564), Ecuador (art. 1550), Paraguay (art. 494), Uruguay (art. 1539), El Salvador (art. 1378), Nicaragua (art. 1920) y, como se mencionó antes, el de Argentina (art. 651).

v. Solidaridad activa: el principio de prevención.

En materia de obligaciones solidarias, el Código de 1936, inspirándose en el Código argentino, optó por el llamado principio de prevención.

Dice Olochea:

"El anteproyecto admite la eficacia de la prevención, en el evento de que alguno de los coacreedores se anticipa a demandar el cumplimiento de la obligación, adoptando sobre el particular la regla que uniformemente siguen todos los códigos del mundo, con excepción del alemán. En efecto, se admite generalmente, que la demanda judicial concentra, por decirlo así, en el coacreedor demandante el derecho de cobrar, generando en su favor y respecto del deudor demandado, un vínculo procesal directo"¹².

Y cita entre las fuentes del artículo 168 del primer anteproyecto, los artículos 1142 del Código

10. Curso de obligaciones, Tomo II, Tercera edición actualizada, Primera reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, pág. 108.

11. *Ibidem*.

12. *Actas obradas en nota 3*, *Claris* laicículo, pág. 134.

español, 1198 del francés, 150 in fine del suizo, 1185 del italiano de 1865, 760 del argentino (debió citarse el 706) y el 899 del brasileño.

Efectivamente, la fuente directa es el artículo 1142 del Código español. Cabe preguntarse: ¿lo tomó éste a su vez del artículo 706 del Código argentino?

El artículo 1212 del Código de 1936 señala:

"El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios: pero si hubiere sido demandado por alguna, a éste deberá hacer el pago".

El código vigente opta por una solución distinta, conforme resulta de su artículo 1185, descartando el principio de prevención.

Ella no parece la fórmula más adecuada, pues puede estimular a un deudor inescrupuloso – conste por lo demás que se trata de un deudor que ha tenido que ser demandado judicialmente para que pague – a burlar la acción de cobro del acreedor pagándole a otro.

Ya Vélez Sarsfield llamaba la atención sobre esto al señalar en su nota al artículo 706 que:

"El [deudor] pues, antes de ser demandado, es libre de pagar al acreedor que le agrade, porque cada uno tiene capacidad para recibir el todo. Pero puesta ya la demanda por uno de los acreedores, el deudor podría inutilizar la acción deducida en juicio, pagando a otro, pues el acreedor que lo ha demandado lo ha hecho a nombre y en representación de todos".

En este sentido, el proyecto de reforma del Código de 1984 opta por volver al principio de prevención.

vi. Subrogación parcial.

Otra materia en la que se advierte una influencia directa del Código argentino es la subrogación parcial.

El artículo 1273 del Código de 1936, que corresponde al 1264 del Código vigente, tiene como antecedente inmediato el artículo 772 del Código de Vélez.

Dice Olaechea al comentar la solución del artículo 243 del primer anteproyecto que:

"Al ocuparse el Anteproyecto de la subrogación parcial, sigue la institución del artículo 806 [debió decir 772] del Código argentino. Se separa este Código del francés [art. 1252] y de otros más modernos como el español [art. 1213] y el brasileño [art. 990], según los cuales el acreedor que recibió un pago parcial, puede cobrar con preferencia al subrogado el saldo o porción que conservare todavía a su favor. No se percibe, en efecto, razón atendible para esta preferencia, que es contraria a la justicia, y por eso el Anteproyecto imita la institución argentina, que establece la igualdad entre el subrogante y el subrogado"¹³.

León Barandiarán aplaude la decisión del legislador de 1936 y explica que:

¹³ *Ibidem*, pág. 192.

"El punto resuelto por el precepto es uno que ha dividido las opiniones doctrinales y aun ha originado disconformidad en las reglas formuladas por los códigos. La solución generalmente admitida es en el sentido de que concutiendo el primitivo acreedor y el tercero subrogado, aquél tenga preferencia sobre el último, conforme al principio *nemo contra se subrogatur*. Esta solución es la que consagra el Código de Napoleón y la mayoría de los demás Códigos. El Código italiano (de 1865), el argentino y el japonés deciden diferentemente, haciendo que el subrogante y el subrogado concurren en igualdad de condiciones. El Proyecto de Código de las obligaciones para Francia e Italia es del mismo parecer. El proyecto de Código argentino [se refiere al de 1936] opta por el sistema opuesto"¹⁴.

Habría que agregar que el Código italiano de 1942 mantuvo la solución del segundo párrafo del artículo 1254 del Código de 1865 en la medida en que en su artículo 1205 no otorga preferencia al acreedor respecto del subrogado. Ésa es también, como se ha mencionado, la solución del artículo 502, primer párrafo, del Código Japonés.

El mismo León Barandiarán agrega que "entre los autores que critican en este punto el Código de Napoleón, Marcadé principalmente –autor que Vélez Sarsfield precisamente cita en apoyo de la solución del artículo 772 en la nota correspondiente–, hace notar que por la subrogación se trasmite al subrogado los mismos derechos que correspondían al acreedor primitivo, y de no haberse pactado expresamente ninguna preferencia a favor del subrogante, no hay motivo racional para que la ley, contra la naturaleza idéntica de uno y otro derecho, confiera preferencia a uno de ellos, simplemente por una presunta interpretación de la voluntad de las partes"¹⁵.

vii. La dación en pago.

Conviene referirse también, como expresión de la influencia notoria del Código de Vélez en nuestra codificación civil de 1936 y, por su intermedio, en la de 1984, a la figura de la dación en pago.

Los artículos 1274 a 1277 y 1279 del Código de 1936 referidos a la dación en pago, son reproducción exacta o casi literal de los artículos 779 a 783 del Código argentino.

El Código de 1936 se inclina por atribuir autonomía propia a la figura y no la concibe, por ejemplo, como una simple modalidad de novación por cambio de objeto.

No obstante, no deja de ser desconcertante que el doctor Olavechea, ponente de la materia, en la fundamentación de su primer anteproyecto¹⁶, que después reproduce la exposición de motivos del proyecto de 1936¹⁷, ofrezca más bien las razones que justificarían no regular la dación en pago de manera independiente.

Así, a propósito de solución del artículo 248 del primer anteproyecto, que corresponde al artículo 1279 del Código de 1936, según el cual "si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la

¹⁴ José León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones)*, Tomo II, Utrilla e Imprenta Gál, S.A., Lima, 1988, págs. 274 y 275.

¹⁵ *Ibidem*, págs. 275-276.

¹⁶ *Actas obreras* en nota 3, Quinta Sesión, págs. 194-195.

¹⁷ Exposición de Motivos del Libro Quinto del proyecto de Código Civil, OJ S.A., editores, Lima, s.f., págs. 27-28.

propiedad de la cosa que recibió en pago, tendrá derecho para ser indemnizado como comprador, pero no revivirá en este caso la obligación primitiva"; comenta Olaechea lo siguiente:

"Sigue el Anteproyecto en el último dispositivo la institución consagrada por el artículo 817 (debió citarse el 783) del Código argentino, que implica una solución contraria a la que establece el artículo 928 (debió citarse el 998) del Código del Brasil. En apoyo de la solución preferida, transcribo a continuación los siguientes conceptos de Planiol. Tradicionalmente —dice el insigne profesor citado— se considera la dación en pago como un modo de extinción especial, o más bien como una variedad del pago, por derogación de la regla que obliga al deudor a entregar exactamente la cosa prometida. Es así como la presenta el artículo 1243 (del Código francés, que corresponde a los artículos 1171 del Código de 1936 y 1132 del Código de 1984), conforme a lo que había sostenido Pothier. Pero este punto de vista se abandona de día en día; los autores modernos proclaman que la dación en pago implica una novación por cambio de objeto; el acreedor consiente en substituir su primitiva acreencia por una nueva cuyo objeto es diverso; esta nueva acreencia dura un solo momento, el tiempo corrido entre el instante en que se perfecciona el convenio de la adjudicación en pago y el de su ejecución, pero la rapidez con que se suceden estas operaciones no cambia nada su naturaleza. En el mismo sentido se pronuncia Aubry et Rau. Esta idea es más lógica y satisfactoria al espíritu que la concepción tradicional; es también más conforme a la tendencia actual que considera sobre todo el objeto de la obligación: lo que da a una deuda su fisonomía y su individualidad, es la naturaleza y cantidad de la cosa debida; eso es lo que permite reconocerla, las personas que intervienen en ella ligadas con el rol de deudores o acreedores; pueden desaparecer y ser reemplazados por otros sin que la obligación se altere; consideradas activa y pasivamente, la acreencia y la deuda son igualmente cedibles. Pero el objeto no puede cambiar sin que la deuda sea novada. Toda adjudicación en pago implica, pues, aunque las partes no se den cuenta de ello, una novación implícita".

Si el ponente participaba de esta opinión, ¿cómo explicar que se regulara autónomamente la dación en pago en el Código de 1936? Es un misterio indescifrable.

En el caso del Código de 1984, el ponente del Libro VI, doctor Felipe Osterling Parodi, se inclinaba por concebir la dación en pago como una modalidad de novación por cambio de objeto. Ello explica que el proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 no incluyera una regulación particular de la dación en pago. Deba dejar constancia de que en ese entonces yo participaba de ese temperamento.

Fue la Comisión Revisora del indicado proyecto la que decidió dedicar un capítulo específico a la dación en pago e incorporar los artículos 1265 y 1266 del Código vigente, que reproducen en lo fundamental los artículos 1274 y 1276 del Código de 1936 y, por su intermedio, los artículos 779 y 781 del Código argentino.

Pero es preciso destacar una variante muy importante: el artículo 1265 señala que "el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse".

Por lo tanto, a diferencia del Código de 1936 y de su antecedente inmediato, como igualmente del Código Civil brasileño (art. 998), el Código de 1984 no reprodujo la limitación de que lo que podía recibirse en pago fuera una cosa con exclusión del dinero, lo que está, a mi juicio, perfectamente justificado. La regla, además, no restringe el objeto distinto de pago a un bien, pues al utilizar la expresión

"prestación diferente" comprende todo tipo de prestación, lo que resulta igualmente adecuado.

Fue acertado que la Comisión Revisora dedicara una regulación particular acerca de la dación en pago.

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

Como explica Fernández Rodríguez¹⁸, "cuando (las partes) deciden dar en pago algo distinto de lo debido, no se refieren en modo alguno a la novación ni quieren extinguir la anterior obligación sustituyéndola por una nueva, sino que tan sólo pretenden señalar un nuevo medio de extinción de la primitiva obligación".

Si las cosas no se conciben de esta manera, ¿cómo entender entonces el hecho de que el artículo 1900 del Código de 1984 (cuyo antecedente es el artículo 1795 del Código de 1936) establezca que "queda liberado el fiador si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción"? Si dación en pago y novación por cambio de objeto son lo mismo, si el objeto de la prestación no puede ser variado sin que haya necesariamente novación de la obligación, la liberación del fiador no debería producirse a partir de la ejecución efectiva de la prestación de entrega del bien, sino desde que el acreedor presta su conformidad a recibir en pago de su crédito un bien distinto de lo originalmente debido.

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

viii. Definición de culpa leve.

Una mención final merece la definición de la culpa leve contenida en los artículos 1322 del Código de 1936 y 1320 del Código de 1984.

El primero señala que "la culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

El segundo establece que "actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

Ambas reglas corresponden, con ligeros cambios, al artículo 512 del Código de Vélez.

¹⁸ Naturaleza jurídica de la dación en pago. En: *Anuario de Derecho Civil*, Julio-Septiembre, 1967, págs. 771-772.

Luis Maíssel de Españés llama la atención acerca del hecho de que la regla "es una elaboración propia de Vélez Sarfield, quien se aparta del modelo romano que se basaba en criterios abstractos de clasificación de la culpa, suministrando medidas ideales por comparación con la diligencia del *pater familiae* (culpa grave, leve o levisima), y procura en cambio brindarnos un criterio de apreciación concreta de la culpa, atendiendo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"¹⁹.

El autor citado destaca que el artículo 512 del Código de Vélez es el antecedente del artículo 1104 del Código español, poniéndose en evidencia la que califica como las influencias recíprocas de la codificación civil española y americana.

En la misma dirección, Juan Carlos Palmero dice, a propósito del artículo 512 del Código argentino, que "Vélez cala la fuente, y este silencio no tiene otra explicación que el reconocimiento a que el artículo es una elaboración personal, que constituye una fórmula propia si bien asentada en la discusión doctrinaria de su tiempo, pero con una configuración estrictamente personal"²⁰. Y agrega que "el ilustre codificador sacó a relucir su ingenio demostrando su formidable facilidad para transformar en preceptos imperativas lo que constituían posturas doctrinarias; y a través de una elaboración estrictamente personal consagra la fórmula del art. 512, que reconoce e introduce magistralmente el principio de la «unidad de la culpa» o «culpa in concreto» dejándose de lado las viejas teorías ya superadas a punto tal que un destacado profesor italiano de la talla de Barassi –refiriéndose a esta norma– la elogia como una de las soluciones legislativas de mayor significación en el mundo"²¹.

7. Conclusión.

La revisión efectuada permite apreciar el valor del Derecho Comparado y corroborar, en palabras de Maíssel de Españés, que "en materia jurídica, como en toda otra materia científica, ningún país permanece aislado. En la lenta marcha del progreso humano, unos y otros solemos obtener provecho de los esfuerzos que han realizado los demás"²².

En su momento, el codificador de 1936 y, por intermedio de éste, el Código de 1984, tomaron como fuente de inspiración el Código argentino en la materia que ha sido objeto de análisis.

En 1999, los autores del proyecto de reforma integral del Código argentino, han considerado entre sus antecedentes legislativos, diversas reglas de nuestro Código Civil vigente. El enriquecimiento legislativo va, pues, en ambas direcciones.

Constatar ello es especialmente valioso si el propósito final no es otro que alcanzar, algún día, la plena unificación legislativa de nuestros derechos nacionales.

Al final de cuentas, de lo que se trata –en palabras de José María Castán Vázquez que hago mías para terminar–, es de "coadyuvar desde el campo jurídico a que Iberoamérica camine

19 Codificación Civil y Derecho Comparado, Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1994, pág. 138.

20 Vélez Sarfield y el Derecho Latinoamericano. En: Homenaje a Dalmeida Vélez Sarfield, Tomo I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, pág. 254. También en: Dalmeida Vélez Sarfield e il Diritto Latinoamericano, CEDAM-PADOVA, Padova, 1991, pág. 575.

21 *Ibidem*, pág. 268.

22 *Op. cit.* an nota 18, pág. 138.

hacia un futuro glorioso siguiendo el auténtico viento de su historia: «De una historia –como escribe Pablo Antonio Cuadra– que comenzó en Roma, continuó en España, siguió hacia América, donde se detuvo un instante de siglos a incorporar el sentido total, en rutas y sangre, de lo ecuménico, y seguirá adelante, en marcha como una cruzada. Como los mismos Andes, que en su quietud colosal parecen avanzar en fila, en una lenta y mitológica peregrinación hacia la Cruz del Sur»²³.

23. El Sistema de Derecho Privado Iberoamericano. El Sistema Argentino Contemporáneo. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 178.