

**Notas sobre la compensación
y el Código civil peruano de 1984**

por

Luis Moisset de Espanés y José Fernando Márquez

HOMENAJE a Felipe Osterling Parodi

1) La compensación: a) Concepto; b) Importancia. 2) Naturaleza jurídica. 3) Diversas clases de compensación: a) Legal; b) Convencional; c) Facultativa; d) Judicial. 4) Requisitos de la compensación legal: a) Titularidad de crédito y deuda; b) Reciprocidad; c) Homogeneidad; d) Liquidez; e) Exigibilidad; f) Libre disponibilidad; g) Falta de impedimentos legales. 5) Compensación total y parcial. 6) Efectos esenciales y accidentales de la compensación. 7) Derecho comparado.

HOMENAJE a Felipe Osterling Parodi

Nos honra colaborar en el Homenaje que con estos estudios se rinde a Dn. Felipe Osterling Parodi. Su destacada trayectoria profesional, política y docente son ampliamente y a ella se hace mención en otros proemios. Pero nos detendremos en una cualidad esencial, que distingue a los maestros: el formar discípulos que lo acompañen y continúen la obra emprendida. Un ejemplo singular lo brinda su vinculación con Mario Castillo Freyre, que ha colaborado con su maestro en la elaboración de un magno Tratado de las Obligaciones. Allí se encuentra también la razón del tema que hemos elegido para nuestro aporte, que ha sido desarrollado en profundidad por maestro y discípulos lo que nos ha servido de orientación y guía en el cotejo de las soluciones que sobre ese tema brinda el derecho peruano, con las contenidas en el Código argentino de Dn. Dalmacio Vélez Sársfield.

1) La compensación

a) Concepto

La compensación es un modo extintivo de las obligaciones, tema del cual el Código peruano de 1984 se ocupa en la Sección Segunda del Libro VI, dedicándole el Título IV, que comprende los artículos 1288 a 1294¹.

La primera de esas normas indica en qué consiste la compensación, y tomando los elementos contenidos en ese texto² podemos ofrecer el siguiente concepto:

La compensación³ produce la extinción de las obligaciones respectivas, hasta el límite del monto de la menor, cuando existen personas que asumen recíprocamente, por derecho propio, las calidades de acreedor y deudor.

Para algunos autores este medio extintivo tiene las características de un pago, y así se habla de que hay un doble pago, porque uno de los deudores "pagaría" lo que debe con el crédito que ese mismo deudor posee contra su acreedor; pero, a nuestro criterio, falta algo que es esencial en todo pago: la actividad del que paga⁴. No concebimos un pago en que no exista de alguna

¹ En el Código civil argentino se trata la compensación en el título 18, de la Sección Primera del Libro Segundo, artículos 818 a 829.

² Felipe OSTERLING PARODI, en su Tratado de las Obligaciones, elaborado con su discípulo Mario CASTILLO FREYRE, nos suministra de manera detallada los antecedentes que ha tenido esa norma en el derecho peruano (ver "Tratado de las Obligaciones", Vol. XVI, Tercera Parte, T. IX, p. 15 y ss, PUCP, Lima, 2001).

³ El Diccionario de la Real Academia indica que el vocablo proviene del latín (Del lat. compensatio, -onis).

⁴ En el sentido del texto Pedro N. CAZEAUX y Félix A. TRIGO REPRESAS, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, 2ª ed., Platense, La Plata, 1980, pág. 346. La idea de la existencia de pago en la compensación, es seguida en la doctrina argentina, por Jorge Joaquín LLAMBÍAS, TRATADO DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES, T. III, Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 190, quien habla de un "pago simplificado", citando en su apoyo a autores franceses como Ripert y Boulanger y Planiol, Ripert y Radouant.

manera una acción de parte del que lo realiza, como que es el acto de cumplimiento de una obligación.

En la compensación falta por completo esta actividad del deudor; la extinción se produce automáticamente, como resultado de un verdadero balance, de una confrontación, de un cotejo, entre una obligación y otra⁵.

La misma etimología de la palabra despierta esa idea, porque *compensare*, en latín podría significar balancear, pesar.

b) Importancia

La importancia de la compensación estriba en varias circunstancias que trataremos de poner de manifiesto:

1) Elimina todas las molestias y dificultades de un doble pago⁶; por eso decíamos que nunca podríamos hablar de pago, porque de no existir la compensación cada uno de los deudores tendría que realizar la prestación, en forma efectiva.

2) Tanto en el orden interno como en el internacional, la compensación simplifica de manera extraordinaria las operaciones⁷; vemos, por ejemplo, el mecanismo de la cuenta corriente bancaria y de la cuenta corriente mercantil, que funcionan con relación a operaciones entre dos personas que son recíprocamente acreedor o deudor, según todas las actividades que realizan mutuamente; y encontramos el *clearing* bancario, la cámara compensadora entre un número mucho mayor de sujetos acreedores y deudores. Tanto en lo interno, como en lo internacional, insistimos, simplifica el problema de operaciones repetidas, que sería nece-

⁵ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, TRATADO DE DERECHO CIVIL. OBLIGACIONES, T. III, Perrot, Buenos Aires, 1973, expresa que la compensación es la neutralización de dos obligaciones recíprocas.

⁶ OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE nos dicen: "parece justo y más eficiente que si un acreedor debe a su propio deudor, en vez de requerir el cumplimiento de la prestación que se le adeuda, considere extinguido su crédito, a cambio de que su deudor realice lo propio (obra citada, p. 25).

⁷ Cfme. OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, obra citada, p. 28: "esta utilidad ... puede observarse con claridad meridiana en los ámbitos mercantil bancario e internacional".

sario realizar si las deudas no pudiesen compensarse⁸.

3) En tercer término, y esto se ha podido apreciar en épocas inflacionarias, la compensación reduce el circulante, porque no hay necesidad de que se hagan desembolsos de dinero de un lado y de otro. ¿Por qué? Porque la compensación trae aparejada en cierto modo la neutralización de un crédito frente a otro crédito.

4) Por último, la compensación envuelve también cierta idea de garantía, porque un deudor que recurre a la compensación, al abstenerse de pagar para compensar, prácticamente está cobrando lo que a él se le debe⁹.

5) En Argentina, y en virtud de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 818 del Código civil¹⁰, hemos sostenido que si uno de los deudores cae en insolvencia con posterioridad a la época en que se pudo haber operado la compensación, entonces al producirse la compensación en el instante mismo en que ambas deudas comenzaron a coexistir, habrá impedido que el crédito de uno se vea arrastrado por las consecuencias que tendrían un concurso civil o una quiebra, solución que se ve corroborada por lo dispuesto en el artículo 828 del Código de don Dalmacio Vélez Sársfield¹¹.

En el Código civil peruano no existe una norma semejante.

Si bien la naturaleza jurídica de la compensación y del pago no coinciden, ni pueden coincidir nunca, en cambio los efectos

⁸ Cfme. Guillermo A. BORDA, TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO. OBLIGACIONES, Segunda Edición, T. I, Perrot, Buenos Aires, 1967, pág. 579.

⁹ Cfme. Jorge Joaquín LLAMBÍAS, Op. cit., pág. 191.

¹⁰ "Art. 818 (Código civil argentino).- ... extingue con fuerza de pago, las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir".

¹¹ Art. 828 (Código civil argentino).- El deudor o acreedor de un fallido sólo podrá alegar la compensación en cuanto a las deudas que antes de la época legal de la falencia ya existían, y eran exigibles y líquidas; más no en cuanto a las deudas contraídas, o que se hicieren exigibles y líquidas después de la época legal de la quiebra. El deudor del fallido en este último caso, debe pagar a la masa lo que deba, y entrar por su crédito en el concurso general del fallido.

son similares y por eso dice muy bien el artículo 1288¹²: "*Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. ...*".

Esto se aprecia al considerar la situación patrimonial de ambos sujetos una vez operada la compensación, porque habrá desaparecido del pasivo de los dos el importe de la deuda hasta el monto de la menor.

2) **Naturaleza jurídica**

Pocas palabras hemos de decir con relación a la naturaleza jurídica de la compensación; pero haremos un pequeño distinguo según se trate de la compensación convencional, de la compensación legal o de la facultativa.

En la compensación convencional estamos frente a *un acto jurídico bilateral*, es decir un acto voluntario lícito al que concurren las dos partes que, por esta vía, persiguen como finalidad jurídica inmediata la extinción de sus recíprocos derechos.

La distinción que establecemos entre la compensación legal y la facultativa es que se trata de actos jurídicos unilaterales, que producen sus efectos por sólo la voluntad de quien echa mano a ella, mientras que -insistimos- en la convencional es menester el concurso de las voluntades de los dos sujetos (acreedor y deudor), razón por la cual el acto jurídico es bilateral.

En el derecho argentino, en cambio, en el caso de la compensación legal los efectos extintivos se producen de pleno derecho, por la mera circunstancia de haberse reunido los presupuestos o requisitos previstos por la ley; se trata, en consecuencia, de un hecho jurídico.

¹². La norma concordante en el Derecho argentino es el art. 818, cuando dispone que: "La compensación de las obligaciones... .. extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor..".

3) Noción de las diversas clases de compensación

a) Compensación legal

Debemos hacer una advertencia, que tiene algún interés. El artículo 1288, en su primera parte, nos dice que "por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas...", es decir enumera una serie de requisitos para que opere esta figura extintiva, a los que debe sumarse que se haya opuesto la compensación por una de las partes, según lo prescribe la misma norma.

Esto puede hacernos incurrir en una confusión, porque los requisitos de que habla el artículo 1288, que acabamos de mencionar, conciernen única y exclusivamente a una clase de compensación, la que llamaremos *compensación legal*, es decir la que se produce sólo cuando se dan los requisitos que estudiaremos y la parte que la aprovecha la opone¹³.

Existen otras clases de compensación en que, según lo hemos de ver a continuación, no existe el rigorismo de la compensación legal.

Procuraremos dar la noción de los distintos tipos de compensación, para ocuparnos finalmente de los requisitos para que se produzca la compensación legal.

b) Convencional

¹³ Consideramos que la compensación legal se produce cuando se configuran los requisitos que la ley dispone, aunque sea necesario la alegación para que surta efectos. Cfme. Ramón D. PIZARRO y Carlos G. VALLESPINOS, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", T. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 536. Para el derecho argentino, recuerda Guillermo A. BORDA, obra citada, pág. 579, que existen supuestos en que la ley declara compensadas las deudas recíprocas, aunque no se presenten las condiciones generales que se indican en el texto; v.g. cuando como consecuencia de una demanda de nulidad las partes deben restituirse sumas de dinero o productoras de frutos, éstos se compensan entre sí hasta el momento de la demanda (art. 1053 Código civil argentino). A este supuesto Jorge Joaquín LLAMBÍAS, obra citada, pág. 196, lo denomina "compensación automática".

Como la palabra lo indica, es la que resulta del libre acuerdo de los interesados, de su consentimiento, por eso se le puede llamar también compensación voluntaria. No está impuesta por la ley, y algunos Códigos Civiles modernos, a partir del Código italiano de 1942, la mencionan de manera expresa. Es el camino que toma también el Código de Perú de 1984 en el artículo 1289, cuando dispone:

"Puede oponerse la compensación por acuerdo entre partes, aun cuando no concurren los requisitos previstos por el artículo 1288. Los requisitos para tal compensación pueden establecerse previamente" ¹⁴.

Esta norma es una aplicación particular del principio de la autonomía de la voluntad; nada obsta a que dos personas, de común acuerdo, resuelvan compensar obligaciones aunque no tengan los requisitos indispensables para que proceda la compensación legal; por ejemplo, que no sean deudas líquidas, como lo dice el artículo 1288, o que no sean exigibles, o que no sean prestaciones fungibles entre sí, etcétera.

Veamos un ejemplo de compensación convencional: alguien le debe a una persona una suma de dinero; el acreedor a su vez, debe ejecutar un hecho o prestación en beneficio del deudor. No podría operarse nunca la compensación legal; faltaría el requisito de la homogeneidad de las prestaciones de las dos obligaciones. Pero ello no es obstáculo para que ambas personas -que son recíprocamente acreedor y deudor- convengan compensar una y otra obligación.

El Código peruano prevé que las partes pueden predeterminar en qué casos se compensarán las deudas recíprocas y bajo qué condiciones puede oponerse u operarse.

¹⁴ La norma es similar al artículo 1252 del Código civil italiano: "Compensazione volontaria. Per volonta delle parti puo aver luogo compensazione anche se non ricorrono le condizioni previste dagli articoli precedenti. Le parti possono anche stabilire preventivamente le condizioni di tale compensazione.

c) Facultativa

A nuestro criterio hay otra hipótesis, no prevista en el Código, en la que también puede operar la compensación faltando alguno de los requisitos establecidos para la compensación legal; es la que denominamos "compensación facultativa".

En ella hay un matiz que la diferencia de la convencional o voluntaria. Ya no es el acuerdo de voluntades de las dos partes el que salva el obstáculo de la falta de alguno de los requisitos de la compensación legal, sino que el deudor de una obligación, de modo absoluto, a voluntad de él, potestativa, facultativamente, hace funcionar la compensación.

Procuraremos dar un ejemplo: una persona es deudora de una obligación natural; al mismo tiempo, es acreedora de una obligación civil. La compensación legal no puede producirse, porque falta el requisito de que ambas obligaciones sean exigibles¹⁵. Pero el deudor de la obligación natural, facultativamente, sin imposición de nadie, potestativamente, puede hacer funcionar la compensación, porque es -ni más ni menos- como si él no hubiera querido valerse de la excepción que emana de la obligación natural.

Y lo mismo podemos decir del que es deudor de una obligación que se origina en un acto viciado por una nulidad relativa; a él se le requiere el pago y puede perfectamente oponer la nulidad, pero no lo hace y en lugar de ello opone la compensación haciendo valer el crédito proveniente de una obligación civil que tenía contra su acreedor, lo que equivaldría a decir que confirma el acto viciado de nulidad relativa, al oponer una compensación facultativa, porque era libre de hacerlo o no. Habría compensado

¹⁵. OSTERLING PARODI, en su obra con CASTILLO FREYRE, se limita a analizar la improcedencia, genérica, de compensar si una obligación es natural, sin analizar la hipótesis de que sea el deudor de la obligación natural el que, sintiéndose obligado moralmente, la compense con un crédito que podía exigir (ver obra citada, p. 71).

facultativamente una obligación con la otra¹⁶.

Finalmente, debemos destacar que la compensación facultativa es unilateral, en cambio la compensación convencional o voluntaria se produce por el acuerdo de ambos. Aquí depende solamente de la voluntad de una de las partes quiera, o no quiera, hacer uso de la compensación, porque si no quiere no la invoca y la compensación no se produce.

d) Judicial

De la compensación judicial podemos decir más o menos lo mismo que de las otras: pueden faltar algunos requisitos de la compensación legal. El ejemplo más conocido es el de la obligación ilíquida. No podría compensarse una obligación líquida con una ilíquida, pero puede suceder que el deudor de una obligación líquida al ser demandado conteste la demanda oponiendo la excepción de compensación y haciendo valer para ello una obligación de la que es titular, pero que todavía es ilíquida. Por ejemplo, a alguien se le demanda que pague una suma de dinero, pero el demandado es acreedor de una obligación de resarcir daños y perjuicios cuyo monto no está establecido y mientras sustancia el pleito se produce la liquidación. En el período de prueba del juicio ya se determina el monto; entonces al fallarse el pleito el juez en su sentencia hará lugar a la compensación, que no podía ser objeto de compensación legal al principio.

En el derecho civil argentino Vélez Sársfield, en la parte final de la nota al artículo 819 dice con mucho acierto: "...Sin duda, una deuda contestada no es líquida ni susceptible de entrar en compensación, a menos que el que la opone pueda

¹⁶ BORDA, obra citada, pág. 580 brinda otros ejemplos, a través de los cuales puede comprenderse cabalmente la situación en análisis: "A tiene contra B un crédito por alimentos; B tiene contra A uno por daños y perjuicios. B no puede invocar la compensación, pero sí podría hacerlo A. Lo mismo ocurre si A tiene contra B un crédito sometido a plazo, en tanto que B tiene contra A una deuda exigible: B puede oponer la compensación, no así A".

justificarla prontamente...".

Admite, pues, que pueda llegar a producirse la justificación después, y el artículo 831 permite confirmar la misma conclusión al disponer que: "Para oponerse la compensación, no es preciso que el crédito al cual se refiere se tenga por reconocido. Si la compensación no fuere admitida, podrá el deudor alegar todas las defensas que tuviere".

4) **Requisitos de la compensación legal**

Para que se produzca la compensación legal es necesario que se presenten diversos requisitos, que estudiaremos.

a) Titularidad de crédito y deuda

Este requisito surge del artículo 1288 cuando esta norma habla de "obligaciones recíprocas"¹⁷. Significa que quien opone la compensación no podrá alegar un derecho ajeno.

Por lo tanto, si un tutor demanda a un tercero el cumplimiento de una obligación en favor de su pupilo, el demandado no podría oponer en compensación un crédito que tuviera contra el tutor; de manera similar, así como el acreedor de un socio no puede demandar a la sociedad, si es deudor de la sociedad no podría oponer en compensación el crédito de que él es titular contra alguno de los socios.

Este principio tiene algunas variantes dignas de hacerse notar.

El artículo 1291 expresa que "El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor", solución que se repite en el artículo 1885 referido a la fianza: "El fiador

¹⁷. En el derecho argentino el Código es aún más terminante, pues el artículo 818 exige que quienes compensan actúen por "derecho propio". Algunos autores entienden que el requisito que tratamos -titularidad de crédito y deuda- se encuentra incluido en el requisito de la reciprocidad, que veremos a continuación; v.g. Ramón D. PIZARRO y Carlos G. VALLESPINOS, obra citada, pág. 537; Guillermo A. BORDA, obra citada, pág. 580.

puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona".

Es la consecuencia natural de que el garante se obliga a cumplir con una obligación ajena (precisamente, la del deudor principal) -art. 1868-.

En materia de solidaridad el artículo 1188 reza que la compensación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores, en sintonía con lo dispuesto por el artículo 1192 del Código Civil que dispone que "*A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores*".

En el derecho argentino, el artículo 830 del Código Civil expresa: "El deudor solidario puede invocar la compensación del crédito del acreedor con el crédito de él...".

Hasta aquí no hay problema, y vemos que existe la titularidad; el deudor solidario opone al crédito del acreedor el crédito que él -es decir este deudor solidario- tiene contra el acreedor. Pero agrega el artículo que también puede invocar el crédito de otro de los codeudores solidarios. Aquí parece que se quebrantara el requisito de titularidad, a tal punto que Vélez Sársfield en la nota al art. 830 del Código argentino dice que están en contra de esta solución todos los demás códigos.

Pero a Vélez Sársfield lo han impresionado las razones dadas por Marcadé y entonces se pronuncia en un sentido distinto al de las otras legislaciones. Sería este un caso en que no hay titularidad; ni siquiera podemos hacer uso de la doctrina que ha informado la teoría de la solidaridad en el Código Civil argentino, es decir, la teoría de la representación, según la cual cada uno de los deudores de la obligación solidaria obra como si fuera representante de los otros. Ni siquiera esa doctrina puede servir de justificativo a la solución del artículo porque hemos visto recién en el ejemplo que dimos del tutor, y lo podemos extender al mandatario y al mandante, que el apoderado de una persona no

puede -al ser demandado por una deuda propia de él- oponer en compensación un crédito de su mandante; y viceversa: el deudor del mandante no podría oponer en compensación un crédito que tuviera contra el mandatario o apoderado. En cambio, aquí vemos que uno de los codeudores solidarios puede oponer en compensación un crédito del cual no es él, sino otro de los codeudores solidarios, el titular.

Hemos señalado ese principio porque, a nuestro juicio, marca una excepción al requisito de la titularidad.

b) Reciprocidad de obligaciones

El artículo 1288 del Código civil expresa que por la compensación se extinguen obligaciones recíprocas.

Al analizar el requisito de la reciprocidad como requisito de la compensación legal, no se la debe confundir con el concepto de obligaciones recíprocas, que son las que emanan de una sola y misma fuente -los contratos bilaterales-.

El requisito se refiere a que las obligaciones que se compensan deben provenir de fuentes distintas: alguien debe una suma de dinero en virtud de un préstamo que le han hecho y este deudor es a su vez acreedor porque se le debe pagar el precio de mercancías o indemnizar un daño que ya ha sido liquidado, por ejemplos.

De manera que las fuentes de las respectivas obligaciones no tienen nada que ver; cuando hablamos aquí de reciprocidad es porque acreedor y deudor reúnen recíprocamente esas calidades. El deudor es al mismo tiempo acreedor de su acreedor y lo mismo el otro sujeto, sea cual fuere la fuente de las obligaciones existentes en favor o en contra de ellos.

c) Homogeneidad y Fungibilidad.

El ya mencionado artículo 1288 menciona que las obligaciones que se extinguen deben ser fungibles y homogéneas.

El artículo 820 del Código argentino, con técnica menos depurada, expresa que "Para que la compensación tenga lugar es preciso que ambas deudas consistan en cantidades de dinero, o en prestaciones de cosas fungibles entre sí...".

Es por ello que desde la cátedra hemos enseñado que las obligaciones compensadas deben ser homogéneas, como lo requiere la legislación peruana, pues la sólo referencia a prestaciones fungibles puede provocar confusión.

Cuando nos referimos a la fungibilidad no se toman para nada en cuenta las cualidades o naturaleza de las cosas que son objeto de las prestaciones respectivas; lo que se ha querido decir al hablar de prestaciones fungibles no es que las cosas objeto de la prestación lo sean, sino que una prestación pueda ser dada en pago de la otra. El significado de fungibilidad es distinto; no es sino la consecuencia de lo que se enseña a propósito de lo que se debe dar en pago: la identidad del objeto de la obligación y el del pago.

Por lo tanto, si alguien debe entregar un automóvil a su acreedor y éste a su vez es deudor de la entrega de un piano, o de una suma de dinero, ¿cómo se va a producir la compensación? El piano no puede ser dado en pago del automóvil, ni el automóvil en pago del piano.

Entonces, el principio es que la prestación de una obligación pueda ser dada en pago de la otra. Por eso ahora siempre preferimos hablar de *homogeneidad*, como correctamente lo hace el Código peruano.

Las prestaciones deben ser homogéneas, de la misma naturaleza o, dicho en los términos del Código: fungibles *entre sí*; de esta forma nos damos cuenta de que una puede ser dada en pago de la otra; por ejemplo, podrá compensarse una deuda de aceite, con otra de aceite (prestaciones homogéneas o fungibles entre sí); pero no podrá compensarse una deuda de aceite con otra de vino, pues aunque cada prestación es, separadamente, de cosas fungibles, no son prestaciones homogéneas (fungibles entre sí).

Precisamente la necesidad de homogeneidad entre las presta-

ciones fundamenta la no compensabilidad entre obligaciones de hacer, situación prevista expresamente en el artículo 825 del Código argentino¹⁸. Sin embargo OSTERLING imagina alguna hipótesis en que podría existir fungibilidad con relación a obligaciones de hacer y afirma, como hipótesis marginal, que en casos como el que describe podría funcionar la compensación¹⁹

d) Liquidez

El cuarto requisito es el de la liquidez, al que también se refiere el artículo 1288.

Vélez Sársfield, el autor del Código argentino, en la Nota al art. 819, puntualiza que : "... Se llama deuda líquida aquélla cuya existencia es cierta, y cuya cantidad se encuentra determinada...".

Son dos, pues los requisitos: certidumbre de la existencia y certidumbre del monto. La existencia de una obligación puede estar establecida incluso por sentencia firme y faltar liquidarla, o sea establecer su monto, como es frecuente en las obligaciones de pagar daños y perjuicios.

Mientras no se haya realizado o completado este requisito de la liquidez, no puede producirse la compensación legal²⁰, pero ya advertimos, que sí pueden producirse la compensación convencional, la facultativa o la judicial.

Por nuestra parte, tratándose de la compensación judicial, entendemos que puede prescindirse del requisito de la liquidez, cuando sólo se refiere al *monto* de la deuda, que todavía no está

¹⁸ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, obra citada, pág. 206, entiende que sí podrían ser compensables obligaciones de hacer fungibles, es decir las que la persona del deudor no es determinante para el cumplimiento: "si el hecho debido es fungible, por ser indiferente la persona que lo practique, no hay impedimento para que la compensación extinga dos obligaciones recíprocas referentes a un mismo hecho fungible".

¹⁹ Ver obra citada, p. 73.

²⁰ Guillermo BORDA, obra citada, pág. 582 expresa, en posición que compartimos, que el requisito de liquidez queda cumplido cuando el crédito es fácilmente liquidable, o cuando para liquidarlo basta una simple operación aritmética, o un examen somero de libros y papeles.

determinado; pero que no se puede admitir la compensación cuando se discute la existencia misma de la deuda, es decir, cuando la falta de liquidez se origina en el hecho de que ni siquiera se sabe si hay o no deuda.

OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE se preguntan si la compensación podría funcionar respecto a "obligaciones ilíquidas, pero fácilmente liquidables"²¹, y luego de ilustrar el problema con la opinión de autores de varios países, estiman que "la liquidez que exige la compensación debe interpretarse restrictivamente"²², de manera que sería admisible cuando haya dificultades para su liquidación.

Por nuestra parte acotaremos que en el derecho comparado, se encuentra un abanico de soluciones muy dispares, que van desde aquellos sistemas jurídicos que prescinden del requisito de la liquidez, como sucede en Portugal²³, hasta aquellos que consideran líquida a la deuda si su cuantía puede determinarse dentro de un plazo establecido por la propia ley, como lo hacen los Códigos civiles de los estados mexicanos de Chihuahua²⁴, Aguascalientes (art. 2061), Baja California (art. 2064), Campeche (art. 2080), Coahuila (art. 2460), Guanajuato (art. 1681), Nayarit (art. 1562), Nuevo León (art. 2083), Querétaro (art. 2058), Quintana Roo (art. 2428), San Luis Potosí (art. 2022), Sinaloa (art. 2071), Tabasco²⁵, Yucatán (art. 1341) y Zacatecas (art. 1522), entre otros. En realidad todos ellos han tomado como modelo al Código civil del Distrito Federal, en cuyo artículo 2189 aparece ya este plazo de nueve días para que pueda determinarse la cuan-

²¹. Obra citada, p. 61.

²². Obra citada, p. 62.

²³. El inciso 3 del artículo 847 del Código portugués de 1967 expresa que "la iliquidez de la deuda no impide la compensación".

²⁴. "Art. 2072 (Código civil de Chihuahua).- Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o puede determinarse dentro del plazo de nueve días".

²⁵. "Art. 2347 (Código civil de Tabasco).- **Cuáles son líquidas.**- Las deudas cuya cuantía esté determinada o pueda determinarse en el plazo de nueve días, son deudas líquidas".

tía de la deuda²⁶, solución adoptada con textos muy similares por prácticamente todos los códigos estatales.

e) Exigibilidad

En quinto lugar, nos referiremos a la exigibilidad, requisito que también es exigido por el artículo 1288 del Código peruano.

El artículo 819 del Código argentino expresa: "Para que se verifique la compensación, es preciso que ambas deudas sean subsistentes civilmente, ... ambas exigibles; de plazo vencido, y que si fuesen condicionales, se halle cumplida la condición".

Los diferentes supuestos previstos por la ley argentina se refunden en un solo requisito, el de la exigibilidad; es decir que ambas obligaciones deben ser exigibles. A este requisito podríamos subdividirlo y manifestar que la exigibilidad tiene que darse en tres aspectos: en que la obligación sea civil y no natural; en que sea una obligación de plazo vencido y que si es una obligación condicional, bajo condición suspensiva, se haya cumplido el hecho condicionante.

Si se exige que las obligaciones sean exigibles, se exige que ambas deudas sean subsistentes civilmente, descartando las obligaciones naturales; sin embargo más arriba hemos explicado como, a nuestro criterio aunque las obligaciones naturales no pueden servir de base a la compensación legal, pueden ser objeto de una compensación facultativa.

La segunda hipótesis de obligación exigible es que se trate de una deuda de plazo vencido. Aclaremos que puede ocurrir que habiendo sido establecido el plazo en beneficio del deudor, en los casos que así sea, podría perfectamente producirse la compensación, con la conformidad del deudor, aunque no esté vencido el plazo.

²⁶. "Art. 2189 (Código civil de México - Distrito Federal).- Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o puede determinarse dentro del plazo de nueve días".

La tercera hipótesis es que, si fuesen condicionales, se halle cumplida la condición. Nos referimos a la obligación bajo condición suspensiva y de ninguna manera a la obligación bajo condición resolutoria. ¿Cómo se va a dar en compensación una obligación contraída bajo condición resolutoria y que esté cumplida la condición? Ello significaría que no hay obligación existente y que no existió jamás.

f) Libre disponibilidad

El artículo 1294 del Código peruano expresa que "La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre cualquiera de los créditos".

La solución difiere de la prevista en el Código argentino. El artículo 822 de esta legislación requiere la libre disponibilidad de la obligación que se compensa: "...Para que se verifique la compensación es necesario que los créditos y las deudas se hallen expeditos, sin que un tercero tenga adquiridos derechos, en virtud de los cuales pueda oponerse legítimamente".

La diferencia es que la legislación peruana no dispone que la compensación no se produce si un tercero tiene adquiridos derechos sobre alguno de los créditos (por ejemplo mediante la traba de un embargo). Dispone que la compensación no perjudica los derechos de dichos terceros; la sanción será la inoponibilidad de la transacción respecto a ese tercero.

En cambio en la legislación argentina no podrá producirse la compensación de una obligación con otra que esté embargada o pignorada²⁷.

g) Falta de impedimentos legales

Por último, no deben existir impedimentos legales.

²⁷ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, obra citada, pág. 219, agrega que no habrá compensación en casos de cesión de créditos, traspaso de deuda, endoso de título a la orden y quiebra o concurso civil.

Este requisito se deduce de las prohibiciones especiales que contiene el artículo 1290 del Código, el que expresa:

"Se prohíbe la compensación: 1.- En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado. 2.- En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato. 3) Del crédito inembargable. 4) Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por ley".

Analizaremos los diferentes supuestos.

a) Bienes habidos por despojo, contrato de depósito o comodato.

Quien tiene en su poder bienes propiedad de otra persona como consecuencia de un acto de despojo o por haberlos recibido en virtud de un contrato de depósito o comodato, no puede oponerle al propietario la compensación con el fin de negarse a restituir dichos bienes.

El artículo 824 del Código argentino resume ambos supuestos en una sola norma: "No es compensable la obligación de pagar daños e intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario o poseedor legítimo hubiese sido despojado, ni la de devolver un depósito irregular".

Hacemos notar una sutil diferencia. En tanto la norma peruana hace referencia a los bienes producto del despojo, la argentina lo hace en relación a la obligación de pagar los daños y perjuicios por imposibilidad de restitución; mas no dudamos que la imposibilidad de compensación en el derecho peruano se extiende al pago de los daños generados por el despojo.

Interpretamos que esto es una restricción o limitación a la compensación legal, pero que no obsta a que pueda aplicarse en este caso una compensación convencional o voluntaria. ¿Cómo se le va a impedir al acreedor de una suma de dinero que pueda compensar esa obligación con la de pagar daños y perjuicios de que fuere titular la otra parte, cuando la acción de daños y perjui-

cios proviene de la imposibilidad de restituir la cosa de que fue despojado uno de los dos, si hasta se puede renunciar la indemnización de daños y perjuicios?

Lo mismo respecto a la obligación de devolver un depósito irregular.

En el depósito irregular, el depositario tiene la facultad de disponer del depósito; en cambio, en el depósito regular tiene el deber de conservar la cosa misma para restituirla. Así, por ejemplo, el depositario de una suma de dinero, que no se le ha entregado en una bolsa cerrada o lacrada, o en una caja en las mismas condiciones, para que la devuelva en el mismo estado (en cuyo caso se trataría de un depósito regular), puede devolver el equivalente de ese dinero porque se trata de una cosa fungible y consumible. ¿Como no va a poder compensarse esa obligación con otra, si la otra parte lo acepta? No son más que restricciones al principio de la compensación legal.

b) Crédito inembargable.

No existe una norma similar en el Código argentino, aunque el artículo artículo 825 se refiere especialmente a una clase de crédito inembargable, las deudas de alimentos²⁸.

En la nota al referido artículo, dice Vélez Sársfield: "Siendo la compensación un pago que puede hacerse cumplir aun contra la voluntad de los deudores..." -lo que nos demuestra que estamos dentro del terreno de la compensación legal- "... o es posible desde que el deudor no pueda ser obligado al pago efectivo. La deuda por alimentos, no puede ser embargada. Si la compen-

²⁸ Art. 825 Código Civil argentino: "No son compensables las deudas de alimentos, ni las obligaciones de ejecutar algún hecho". Guillermo A. BORDA, obra citada, pág. 585 considera que la deuda debe ser embargable, aunque no exista una norma general que así lo disponga: "es obvio que esta solución (se refiere a la prevista por el art. 825 del Código argentino) debe extenderse a toda deuda inembargable, desde que la *ratio legis* es la misma: el deseo de asegurar en toda hipótesis el goce de estos derechos por su titular"; en el mismo sentido Jorge Joaquín LLAMBÍAS, obra citada, pág. 225, Pedro N. CAZEAUX y Félix A. TRIGO REPRESAS, obra citada, pág. 361.

sación pudiera tener lugar en deuda tal, traería el pago forzoso...".

Las consideraciones del codificador argentino son aplicables a cualquier deuda inembargable. La amplitud del Código peruano es a todas luces más conveniente.

Esta limitación rige para la compensación legal. Ya sabemos que existen otras variedades de compensación, de las que nos hemos ocupado, en las que nada puede obstar que el deudor de una suma de dinero. si acepta la otra parte, pueda compensar esa obligación con otra de que se ejecute un hecho o preste un servicio en que es acreedor. Si ambos están de acuerdo ¿qué inconveniente hay?

c) Créditos en contra del Estado

No se pueden compensar los créditos de los particulares con los créditos del Estado, en atención naturalmente al destino que tienen estos últimos, especialmente los créditos por impuestos. Si se opusiera la compensación al Estado, podría detenerse la marcha de la administración.

El Código argentino tiene una norma más detallista y, por ello, menos efectiva²⁹.

El Código peruano, con buen criterio, remite a la legislación especial la determinación de los casos en que pueden ser compensadas las deudas en contra del Estado, lo que salva las críticas realizadas a la regulación de nuestro país³⁰.

²⁹ Art.823: "Las deudas y créditos entre particulares y el Estado no son compensables en los casos siguientes: 1.- Si las deudas de las particulares proviniesen de remates de cosas del Estado, o de rentas fiscales, o si proviniesen de contribuciones directas o indirectas, o de alcance de otros pagos que deban hacerse en las aduanas, como derechos de almacenaje, depósito, etcétera. 2. Si las deudas o los créditos no fuesen del mismo departamento o ministerio. 3.- En el caso que los créditos de los particulares se hallen comprendidos en la consolidación de los créditos contra el Estado, que hubiese ordenado la ley".

³⁰ En Luis MOSSET DE ESPANES, CURSO DE OBLIGACIONES, 3ª ed., T. 3, Zavalía, Buenos Aires, pág. 86, dijimos que estas previsiones del Código Civil son desusadas y de escasa utilidad, porque muchos de estos puntos han sido contemplados por leyes posteriores. En la época de sanción del Código no había otras normas aplicables y era necesario, por razones de correcto

5) **Compensación total y parcial**

El artículo 1288 reza que por la compensación se extinguen las obligaciones "hasta donde respectivamente alcancen".

El artículo 818 del Código argentino dice que la compensación extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor.

Este es el principio. La compensación será total si los montos de las deudas coinciden y parcial (hasta la cuantía de la menor) si son distintos. Pero puede suceder que, sin necesidad de que se haga un balance o un cotejo, como hemos manifestado, entre esas dos obligaciones -en que hasta puede existir la presunción de que el monto sea distinto- la compensación actúe extinguiendo totalmente las dos obligaciones.

En el derecho argentino tenemos un ejemplo en que a fin de eliminar el problema de la doble liquidación, de la doble prueba, gastos, dificultades, etcétera, a raíz de la nulidad de los actos jurídicos después de establecer el efecto retroactivo de la nulidad en el artículo 1052, donde se expresa que las partes deben restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud del acto anulado, dispone el artículo 1053 que: "Si el acto fuera bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero, o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí".

Vale decir que sin analizar si una le debe más a la otra, se produce una compensación total y definitiva.

6) **Efectos esenciales y accidentales de la compensación**

a) Efectos esenciales

funcionamiento administrativo que, con el carácter de uniformidad y vigencia, en toda la Nación, del Código Civil, se dictaran estas normas para que obtuvieran aplicación en todo el país.

Esa discriminación de efectos la hacemos siempre entre aquellas consecuencias que deben producirse en todo caso, y las otras consecuencias que no es forzoso que acaezcan. Por lo pronto, el artículo 1288 nos marca el efecto esencial y nos dice: "Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de comun acuerdo".

El Código peruano, a diferencia del argentino, impone que quien quiere beneficiarse con la compensación debe oponerla, y sólo desde ese momento tiene efectos. En cambio, el Código argentino hace producir las consecuencias de la compensación legal desde que se presentan todos los requisitos para que se configure.

La diferencia es de relevante importancia, pues si se trata de deudas que producen intereses, en el derecho peruano se seguirán devengando hasta tanto alguna de las partes oponga la compensación, en cambio en la legislación argentina común dejarán de producirse (al menos sobre el monto menor) a partir de que se produzca ipso jure la compensación.

En el derecho argentino también se debe oponer la compensación, no obra automáticamente. De diversas disposiciones que versan sobre la compensación, extraemos la conclusión de que ella debe ser opuesta siempre (artículos 821, 822, 829, 830, 831); en todas las hipótesis previstas en dichos artículos vemos que la compensación debe ser invocada o alegada; no obra *ipso iure*, pero, una vez que se ha invocado, actuará retroactivamente, de manera pues que este efecto no se produce automáticamente, sino en virtud de haber sido opuesta la compensación³¹.

³¹ Cfme. Guillermo A. BORDA, obra citada, pág. 590, quien enseña, para el derecho argentino, que "Es claro que siempre las partes se verán en la necesidad de invocarla, pues el Juez no podría declarar la extinción de las obligaciones de oficio, y aun en contra de las voluntad de las partes. La invocación es, pues una exigencia práctica ineludible, pero los efectos se producen desde el momento de la coexistencia".

Ese es el sentido que tiene la parte final del artículo 818 del Código argentino, cuando expresa que la compensación extingue con fuerza de pago las dos deudas, "desde el tiempo que ambas comenzaron a coexistir", y es la notable diferencia que encontramos con el Código peruano.

b) Efectos accidentales

Crédito cedido.

El artículo 1292 expresa: "El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiere podido oponer al cedente". El Código argentino contiene una disposición similar en el artículo 826.

La disposición toma en cuenta una cesión de crédito, o una novación por delegación, y entonces se coloca en la hipótesis de que el deudor pueda oponer la compensación al acreedor originario o primitivo. Pero después que ha sido notificada la cesión o la delegación, o que ha sido aceptada, si se trata de una novación, entonces ya no tendría ningún efecto esta alegación u oposición de la compensación.

Imputación de la compensación.

El artículo 1293 prevé la existencia de varias deudas compensables y, al oponer la compensación, no manifiesta a cuál se la imputa. La norma remite a las disposiciones del artículo 1259, que expresa: "No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse la imputación se hará proporcionalmente".

Disposiciones similares se encuentran en el Código alemán (art. 396), italiano (art. 1249) y portugués (art. 845), en cambio el derecho argentino carece de una previsión de ese tipo.

7) Derecho comparado

En el derecho comparado se distinguen tres sistemas en materia de compensación:

1º) El sistema de la compensación legal, o sea el del Código argentino, con inspiración en el Código Civil francés³². También han seguido el mismo modelo el Código español, el de Haití, y muchos otros, reglamentando la compensación legal.

2º) Un segundo sistema es el del derecho anglosajón, en el cual la compensación, sólo se efectúa judicialmente, o sea que únicamente se admite aquella compensación que resulta de su oposición en un litigio y que, por lo tanto, es declarada judicialmente.

3º) El tercer sistema es del derecho alemán, seguido por los derechos suizo, polaco y portugués, entre otros. La compensación se realiza por vía de declaración; la persona que se considera acreedora de su acreedor, le hace saber que se acoge a la compensación por medio de una declaración.

Esto nos lleva a hablar de algo que no hemos explicado hasta ahora, pero aprovecharemos la oportunidad para referirnos brevemente a ello. Cuando el Código Civil alemán se ocupa de los actos jurídicos ha legislado sobre la notificación como expresión de la voluntad, punto que ha sido omitido en casi todos los códigos latinos, incluso el nuestro. En ninguna parte nuestro Código se ocupa del modo en que alguien debe hacer saber a otro cuál es su voluntad.

Para el Código alemán, entonces, en el caso de la compensación, el interesado notifica judicial o extrajudicialmente a la otra parte que invoca la compensación con respecto a un crédito que tiene la otra parte, y su declaración al ser emitida y noti-

³² Sin embargo, bien hace notar Jorge Joaquín LLAMBÍAS, obra citada, pág. 195, que el Código argentino no contiene una disposición similar al artículo 1290 del Código francés, el que dispone que la compensación se opera de pleno derecho por la sola fuerza de la ley, aun pese a los deudores". De allí la conclusión a la que arribamos en este trabajo, en el sentido de que el sistema argentino no se aleja en demasía de aquellos que exigen la invocación de la alegación de la compensación para su eficacia.

ficada tiene efecto retroactivo al día que se produjo la coexistencia de ambas obligaciones. Lo mismo ocurre en Suiza, Polonia y Portugal. Reproduciremos algunas normas del Código portugués que es uno de los más modernos (entró en vigencia el 1º de junio de 1967). dice el art. 848: "Cómo se torna efectiva.

1) La compensación se hace efectiva mediante la declaración de una de las partes a la otra.

2) La declaración es ineficaz si fuese hecha bajo condición o a plazo".

Art. 854: "Retroactividad. Hecha la declaración de compensación, los créditos se consideran extinguidos desde el momento en que se tornaron compensables".

El Código peruano, como hemos visto, también exige la declaración de una de las partes a los fines de que se produzca la compensación. Mas no existe una norma similar al artículo 854 del Código portugués, lo que nos lleva a pensar que la compensación producirá sus efectos desde el momento de la invocación y no con efecto retroactivo.