

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS OBLIGACIONES DE DAR BIENES INCIERTOS

*Felipe Osterling Parodi**
*Mario Castillo Freyre***

1. ESPECIFICACIONES MÍNIMAS.— 2. REGLAS PARA LA ELECCIÓN DE BIEN INCIERTO.— 3. PLAZO PARA LA ELECCIÓN.—

1. ESPECIFICACIONES MÍNIMAS

El artículo 1142 del Código Civil exige como requisitos mínimos para los bienes inciertos o determinables, el que estos estén especificados —cuando menos— en su especie y cantidad. Estas exigencias se justifican en razón de que cuando se genera una obligación, la prestación debe ejecutarse, y el deudor debe estar comprometido seriamente a cumplirla. En tal sentido —como lo afirma claramente la doctrina francesa— si no se estableciesen al menos la especie y la cantidad, podría un deudor estar obligándose y estar en aptitud de desobligarse, a su mero arbitrio, de lo pactado o prescrito por la ley.

Para ilustrar lo mencionado vamos a citar dos ejemplos:

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Magister y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. Director de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. www.castillofreyre.com.

- (a) Si el deudor se obligase a entregar «dos animales» a cambio de 1,000 nuevos soles, no habría contraído una obligación seria, al no señalar la especie de dichos animales, ya que podría «cumplir» entregando dos insectos de ningún valor, con lo que estaría burlando a su acreedor, quien sí le tendría que pagar los 1,000 nuevos soles prometidos.

- (b) Igual falta de seriedad ocurriría si el deudor se obligase a entregar «gallinas» a cambio de 4,000 nuevos soles. En este caso, si bien se habría señalado la especie, nada se habría dicho acerca del número o cantidad de dichas gallinas, razón por la cual, de permitirse un pacto de estas características, el deudor podría satisfacer su prestación entregando al acreedor dos gallinas, a cambio de los 4,000 nuevos soles prometidos.

En este punto debemos diferenciar a los bienes inciertos (aquellos susceptibles de determinación) de los bienes fungibles. Fungibles son aquellos bienes susceptibles de sustituirse unos por otros, siendo esta situación indiferente para el cumplimiento de una prestación, ya que en el caso de los bienes fungibles, cualquier individuo es prácticamente idéntico a otro y no hay forma de identificar o distinguir a uno de otro (sin introducirles modificación alguna). En los bienes fungibles no se realizará una elección en sentido estrictamente jurídico, sino una individualización en el sentido común de la palabra.

Por ejemplo, serán fungibles una botella de Coca-Cola, envase no retornable, de dos litros, con otra de la misma gaseosa, características y capacidad. O, si estamos en presencia de una obligación de entregar un automóvil nuevo de una cierta marca y un determinado modelo. Sin embargo, este ejemplo podría llevarnos a anotar —de

manera preliminar— una reflexión en el sentido de si dicho vehículo es un bien fungible o uno determinable. Se podría sostener que se trata de un bien determinable, pues es susceptible de determinación, al tener datos que permitan efectuarla (los números de placa, chasis, motor y serie). No obstante ello, la posición contraria también resulta interesante, puesto que, a pesar de ser un bien identificable, dicha identificación —en la práctica— resultaría inútil para el acreedor, ya que le daría lo mismo su entrega como la de cualquier otro vehículo que reúna idénticas características.

Si nos inclinamos por considerar a dicho bien como determinable, porque su elección resultaría factible, esto nos conduciría, para el caso de la transferencia del riesgo, a solución diversa de la aplicable si se tratara de un bien fungible, ya que si el bien se perdiese antes de su entrega sin culpa de las partes, de ser determinable y haber sido comunicada su elección al acreedor, el deudor quedaría liberado de dicha obligación (la misma que se habría extinguido), perdiendo el derecho a la contraprestación. En cambio, si lo considerásemos fungible, sería irrelevante si el deudor hubiese comunicado su elección al acreedor, puesto que —de igual manera— tendría que reponer el vehículo perdido por otro similar y cumplir con entregarlo.

En relación al tema de los bienes fungibles y los bienes inciertos se suscita un problema adicional que muchas veces pasa inadvertido. En ese sentido, debemos precisar que el criterio de la antigüedad del bien podría llegar a ser de tal importancia que, ante dos bienes físicamente iguales, debamos concluir en que a pesar de esta situación, dichos bienes no son fungibles. Este tema es obviado en los tratados de Derecho.

Para ilustrar el caso, presentemos el supuesto de un bien fungible cualquiera, el mismo que nunca tuvo uso, pero cuya fabricación data de hace 50 años. Dicho bien es, se trate de la especie que se trate, uno original. Si el día de hoy, la misma fábrica que lo produjo hace medio siglo produce uno exactamente igual, este último bien no será un original, sino solamente una réplica. En este caso, a pesar de ser exactamente iguales ambos bienes (lo que en una consideración estrictamente simplista los haría fungibles), podríamos estar ante la situación concreta de que el original valga varias veces más que la réplica. Imaginemos que el bien del que hemos estado hablando, sea una moneda o medalla de una serie conmemorativa de cualquier acontecimiento patrio.

Otro elemento que —aunque en menor medida que el anterior— algunas veces pasa desapercibido en lo que respecta a los bienes fungibles y a los bienes inciertos, es el del uso que se le da a un bien. Es evidente que si hablamos de dos ejemplares completos de todos los tomos publicados de nuestro Manual de las Obligaciones, recién editado, ambos ejemplares serán fungibles entre sí, por la sencilla razón de que ambos tendrán las mismas características. Está claro también que si uno de los ejemplares ya hubiese sido leído íntegramente, habrá dejado de ser fungible respecto del otro, pues en esta circunstancia uno será nuevo y el otro usado.

Sería el mismo caso que cuando se tratase de dinero. En esta hipótesis es claro que el dinero es un bien fungible —diríamos, el bien fungible por excelencia—. Sin embargo, poca atención ha merecido el hecho de que el dinero sea un bien identificable, ya que cada billete cuenta con un número de serie distinto de otro. Si la determinabilidad de un bien estuviese marcada por la posibilidad de identificarlo o distinguir a ese bien de otros de su misma especie, en el caso de los billetes

estaríamos ante uno de bienes determinables. Sin embargo esto no es así. Nos hallaríamos fuera de toda razón y de todo principio si efectuáramos tal afirmación.

Por lo visto, podemos afirmar que la diferencia esencial entre lo incierto y lo fungible es que en el primer caso siempre habrá que elegir, porque los individuos de la especie son diferentes; en lo fungible, en cambio, no hay que elegir lo único que hay que hacer es individualizar el bien antes de realizar el pago, lo que puede tener una enorme injerencia en la teoría del riesgo.

Al acreedor no le afecta que el bien fungible con el que iba a pagarle el deudor se pierda, pues esa pérdida no va a ocasionar que la obligación se extinga, habida cuenta de que el deudor tendría que entregarle otro bien igual al que se perdió.

En el caso de los bienes inciertos esto es distinto, en la medida en que el bien ya haya sido elegido, pues esa elección lo habría convertido en un bien cierto y su pérdida sí extinguiría la obligación.

De esta manera, resulta adecuado recalcar que una vez que el bien fungible se individualiza, no se convierte en un bien cierto, sigue siendo fungible, y sólo dejará de tener tal condición —en la relación entre el acreedor y el deudor— cuando la prestación sea pagada.

Debe mencionarse, para finalizar este apartado, que el Código Civil no ha regulado el tema de las obligaciones de dar bienes fungibles, puesto que él se resuelve de manera sencilla y ágil, aplicando las normas y principios que inspiran el Derecho común. Con la razón y el entendimiento basta para solucionar cualquier problema derivado de estas obligaciones.

2. REGLAS PARA LA ELECCIÓN DE BIEN INCIERTO

El artículo 1143 del Código Civil dispone en su 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 más 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. Cualquiera de estas dos últimas situaciones es perfectamente posible, ya que estaríamos dentro del campo de la autonomía de la voluntad referente a la libertad contractual o de configuración interna de las estipulaciones de un contrato.

Pero el punto que despierta mayor interés en el artículo 1143 es el relativo a los requisitos que debe reunir el bien a escoger en relación con quien efectúe la elección. Si se tratase del deudor, éste deberá escoger bienes de calidad no inferior a la media; si correspondiese al acreedor, deberá escoger bienes de calidad no superior a la media; y, por último, si correspondiese a un tercero, éste deberá escoger bienes de calidad media. Esta norma tiene carácter dispositivo, permitiendo su derogación por convención en contrario.

Resulta evidente que en cualquier elección el concepto de calidad media es esencial, de modo que constituye un imperativo determinar qué debe entenderse por calidad media.

Para empezar a tratar de resolver el problema, en primer lugar, vamos a recurrir al Diccionario de la Real Academia Española. Aquí se nos dice que *calidad* es la «propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor».¹

De la definición señalada extraemos una primera conclusión en el sentido de que sólo podremos hablar de calidad, en el tema materia de análisis, cuando estemos ante bienes de la misma especie, propios de una obligación con prestación de dar bienes indeterminados.

Pero en realidad no hemos aún despejado el problema central que nos trae el tema de la calidad, ya que más allá de la definición de este término no hemos precisado cómo podemos apreciar la calidad de un bien.

En tal sentido, consideramos que no existe un criterio único destinado a otorgar una categórica respuesta a esta interrogante. Debemos analizar cada caso en particular para ver qué debe entenderse por calidad de un bien.

No resulta fácil definir qué se entiende por calidad media de un bien. Para obtener un resultado acorde a la definición citada de la Real Academia de la Lengua,

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe, 2002, Vigésima Segunda Edición, tomo 2, p. 242.

deberemos tener extremo cuidado al analizar las características de los bienes de que se traten.

Debe advertirse, contra lo que muchas veces se adopta como creencia generalizada, que el precio de un bien no siempre está en directa relación con sus cualidades, ya que un bien de excelentes cualidades y materiales de construcción o elaboración, puede tener un precio de mercado (valor) inferior al de otros bienes de su misma especie.

En general, será sencilla la aplicación del criterio de calidad media mientras nuestro universo o especie sea de un número reducido, mas no lo será si fuese muy grande. Por ejemplo, si me obligo a entregar un cuadro, ¿cuál es la calidad media de entre todos los cuadros del mundo? Escoger un cuadro de calidad media sería prácticamente imposible. Distinto sería el caso de un cuadro pintado por Fernando de Szyslo. Aquí sí podría determinarse la calidad media.

Si alguien se obliga a entregar un caballo de carrera, sería imposible determinar la calidad media de todos los caballos que corren en el mundo; pero sí sería posible, en cambio, determinar la calidad media de los que corren en el Hipódromo de Monterrico, en razón de existir datos estadísticos fidedignos que reflejan el rendimiento de cada ejemplar.

No obstante estas reflexiones, que nos conducen a estar —en algunos casos— frente a la imposibilidad práctica de aplicar el criterio de la calidad media, debemos concluir en que cuando se trata de una especie muy amplia, es necesario circunscribir nuestras consideraciones respecto de la calidad media, al ambiente geográfico donde se ha pactado o donde se cumplirá la prestación, pues de lo contrario, sería

impracticable la aplicación de la elección del bien que se tuviese que entregar. Pero aún así podría resultar imposible la aplicación del criterio de la calidad media. No obstante ello, en estos casos el elemento «valor» jugará un papel extremadamente importante.

Ahora bien, en lo que concierne a la elección, tal cual lo señala la norma bajo comentario, puede intervenir el deudor, el acreedor o un tercero. Esta última persona requiere, en nuestra opinión, algunas precisiones.

Respecto de la relación existente entre las partes contratantes y el tercero, puede decirse que resulta evidente que se trata de un contrato de mandato, por el cual el tercero es el mandatario y los contratantes son los mandantes. La obligación que asume dicho mandatario es la de escoger el bien determinable y hacerlo determinado, para su posterior entrega.

Debe quedar claro que el tercero no tiene como función la de celebrar el contrato, pues éste ya ha sido concertado por los contratantes.

Luego de constatar cuál es la relación existente entre el tercero y los contratantes, debemos determinar la función que cumple el tercero como mandatario de aquéllos.

En primer lugar, debe descartarse que se trate de un árbitro. En segundo término, admitimos la posibilidad de que se trate de un perito, en el supuesto en que se le hubiese confiado una decisión equitativa y basada en criterios eminentemente técnicos (supuesto de arbitrio *boni viri*). Por último, advirtiendo la diferencia que existe entre los términos árbitro y arbitrador, sostenemos que se trata de este último.

Respecto al contrato que liga al tercero con los contratantes, al tratarse de un mandato, es claro que dicho tercero resulta siendo un mandatario. Pero como el mandatario debe cumplir con aquellas pautas establecidas en el contrato celebrado con sus mandantes, precisamente esta función será una de arbitrio (fuera de un procedimiento de arbitraje), tratándose de un arbitrador, mas no de un árbitro.

Siempre dentro de las pautas a cumplir por dicho arbitrador, éste podrá ejercer su función o con la más amplia libertad de criterio, dada su falta de conocimientos especializados en la materia, o haciendo una prolija tasación del bien, debido, precisamente, a que posee dichos conocimientos y a que ha sido designado específicamente para tal efecto (es decir, el de actuar como perito), supuesto en el cual la función de dicho mandatario - arbitrador, será también la de un perito.

Debemos puntualizar que cuando se trate de un mandatario - arbitrador - no perito, el arbitrio que efectúe podrá ser un mero arbitrio o un arbitrio de equidad, según las instrucciones y cláusulas establecidas en el contrato de mandato.

Si se tratase de un mandatario - arbitrador - perito, estaremos en presencia de un arbitrio de equidad, ya que las partes contratantes habrán, precisamente, escogido al perito debido a sus conocimientos especializados sobre la materia, los que le llevarán (en criterio de los contratantes) a emitir una opinión equitativa o justa.

Debe observarse, sin embargo, que en cualquiera de las posibilidades anotadas, ese arbitrador deberá escoger bienes de calidad media.

3. PLAZO PARA LA ELECCIÓN

Resulta supuesto importante que las partes designen de común acuerdo el plazo en que deba realizarse la elección del bien; pero a falta de dicho pacto, el artículo 1144 del Código establece que, en primer término, corresponderá al juez fijarlo.

Se señala adicionalmente que, si la elección correspondiese al deudor y éste no la efectuase dentro del plazo establecido (por pacto o por mandato judicial), dicha elección corresponderá ser efectuada por su contraparte, vale decir, por el acreedor. Regla inversa se aplica para el caso en que sea el acreedor quien debía efectuar originalmente la elección y omitiese realizarla.

El principio descrito en el párrafo precedente nos parece justo, pues al no utilizar la oportunidad el contratante a quien correspondía efectuar la elección del bien, resultará equitativo que la misma pase al otro contratante. Además, esta situación no implicará una desventaja para la parte que pierde tal derecho de elección, ya que su contraparte deberá efectuarla en estricto cumplimiento de lo previsto por el artículo 1143 del Código Civil.

Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa, el Código dispone que la haga el juez. Esta norma nos parece inadecuada, ya que el juez no revestirá por lo general las calidades del tercero escogido por las partes contratantes para hacer la elección. Si bien es cierto que el juez podría recurrir al auxilio de peritos, también es verdad que éstos pueden carecer de las características e idoneidad profesional y moral del tercero antes escogido. Por ello consideramos que la solución dada al tema por uno de los coautores de este trabajo (que recogiera más tarde —en 1981— la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936), era más adecuada, pues establecía que en caso de que el tercero no pudiera practicar la

elección, o se negara a ello, la obligación se extinguía, sin perjuicio del derecho de las partes a exigirle el pago de la indemnización correspondiente, cuando a tal elección se hubiese comprometido y no la efectuase por su culpa.

Por todo ello, y a pesar de que la solución del Código Civil (a iniciativa de la Comisión correspondiente) está destinada a preservar los efectos del contrato (filosofía adoptada en varios preceptos del Código), no estamos de acuerdo con el contenido del último párrafo del artículo 1144.

Asimismo, debemos afirmar la evidencia de que si el tercero que no realiza la elección no había aceptado su designación o la desconocía, no estaría obligado a sufragar indemnización alguna.

Por último, precisa aclarar que el hecho de que la elección la pueda realizar el juez no obsta a que las partes que delegaron un mandato en dicho tercero para efectuar la elección, le puedan reclamar una indemnización de daños y perjuicios, si los hubieran sufrido por efecto de su incumplimiento contractual.

Lima, agosto del 2009