

LAS OBLIGACIONES DE DAR BIENES INCIERTOS

Felipe Osterling Parodi*
Mario Castillo Freyre**

SUMARIO:

1. **Bienes inciertos. Especificaciones mínimas.**
 2. **La elección en los bienes inciertos.**
 - 2.1. **Carácter de la función del tercero encargado de la determinación del bien.**
 - 2.1.1. **Arbitro.**
 - 2.1.2. **Perito.**
 - 2.1.3. **Arbitrador.**
 - 2.1.4. **Mandatario.**
 - 2.1.5. **Nuestra Posición.**
 3. **Plazo para la elección.**
 4. **Características de la elección.**
 - 4.1. **Manera como se efectúa la elección.**
 - 4.1.1. **Teoría de la separación.**
 - 4.1.2. **Teoría de la tradición.**
 - 4.1.3. **Teoría de la declaración aceptada.**
 - 4.1.4. **Teoría de la declaración recepticia.**
 - 4.2. **Carácter irrevocable de la elección.**
 - 4.2.1. **Arbitrium boni viri o arbitrio de equidad.**
 - 4.2.2. **Arbitrium merum o mero arbitrio.**
 5. **Pérdida del bien antes de la elección, sin culpa del deudor.**
 6. **Aplicación de las normas sobre bienes ciertos a los bienes inciertos, después de realizada la elección.**
-
1. **Bienes inciertos. Especificaciones mínimas.**

* 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 y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Magíster 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.

El profesor colombiano Rodrigo Becerra Toro¹ recuerda que uno de los puntos esenciales de la obligación es el hecho de que ésta no puede existir sin objeto, el cual debe encontrarse determinado en la prestación; precisando que tal determinación aflora, a veces, cuando se considera la naturaleza de la cosa, o se circunscribe a un género determinado; de ahí que desde el antiguo Derecho Romano se afirme que el objeto debe estar determinado al menos en cuanto a su género. Es ésta la menor de las determinaciones posibles y su falta de precisión conduce a la inexistencia. Aquí nos vienen a la memoria las expresiones del profesor Emiliani Román, cuando escribe que "La indeterminación, pues, conduce a la falta de objeto."

Doménico Barbero² comienza el tratamiento de las obligaciones genéricas, señalando que en la estática de la relación real, objeto de todo derecho singular, no puede haber más que una cosa o un conjunto de cosas determinadas e individualizadas: se puede ser propietario, usufructuario etc., no de una casa, indeterminadamente, sino de esta casa, no de un saco de trigo, un barril de vinagre, sin otra determinación que la de la cantidad y del género, sino de este saco, de este barril, determinados individualmente; tan es así que, en los contratos consensuales (como la venta), antes de la individualización concreta del objeto, mediante peso, numeración o medida, no se adquiere la propiedad, sino solamente un crédito; y agrega que es precisamente en el campo de los créditos y en la dinámica de la relación obligatoria donde adquiere el máximo relieve práctico la distinción entre cosas "de género" y cosas "de especie", pues según que el objeto de la obligación sea una cosa "de especie" o una cosa "de género no individualizada todavía", dicho crédito puede extinguirse o perdurar cuando perezca el objeto: esto, en virtud del conocido principio de que perece la especie, pero no el género, cuando -por lo menos- es ilimitado.

Como enseña Salvat³, en el Derecho Moderno se entiende por obligaciones de dar bienes inciertos, a aquellas que tienen por objeto cosas inciertas no fungibles. Recuerda que en el Derecho Romano estas obligaciones se llamaban obligaciones de género (**obligatio generis**) y se oponían a las obligaciones de especie (**obligatio speciei**) u obligaciones de dar un individuo determinado, que son las que nosotros llamamos de dar cosas ciertas. Así, en el Derecho Moderno, las obligaciones de dar bienes inciertos determinados sólo por su especie equivalen a las obligaciones de género del Derecho Romano, de manera que no debe traducirse "**speciei**" por "especie", ya que **speciei** equivale a cuerpo cierto o individuo determinado, como lo recuerda el citado tratadista argentino.

¹ BECERRA TORO, Rodrigo. Obligaciones Civiles. Fuentes y Formas, Página 273. Editorial Temis, Bogotá, 1987.

² BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III, Obligaciones, Página 25. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967.

³ SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I, Página 356. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1952.

Por su parte, Karl Larenz⁴ señala que las obligaciones genéricas son muy frecuentes, constituyendo la regla general en el comercio al por mayor; se encuentran preferentemente en los contratos de compraventa y en los contratos de arrendamiento de uso. Cita Larenz el ejemplo del arriendo por horas de una aspiradora de polvo, o de cualquier aparato de esta clase.

Bien incierto es aquel que, constituyendo el objeto de una prestación de dar, no se encuentra totalmente determinado. Como enseña Antonio de la Vega Vélez⁵, en las obligaciones de género el objeto no se encuentra determinado en especie o cuerpo cierto; sólo se determina al momento de cumplirse la obligación, y esta determinación se hace con respecto a diversas cosas que reúnan las mismas características. Es el caso de los bienes determinables, de aquellos que se encuentran especificados al menos en su especie y cantidad. El tratadista argentino Luis María Boffi Boggero⁶ señala que las obligaciones son de dar cosas inciertas, cuando en el momento que brota la obligación se tiene incertidumbre sobre la cosa debida; agregando que esta indeterminación, como es obvio, no puede ir en obligación alguna más allá del pago, porque, de subsistir, estaríamos ante un caso de obligación sin objeto válido.

Para Manuel Albaladejo⁷, obligación específica es aquélla cuyo objeto está determinado individualmente (está especificado, individualizado); cita como ejemplo, si se vende la casa número tal de tal calle, el vendedor -obligado- debe sólo y exclusivamente ese objeto -la casa concreta-. En cambio, agrega, obligación genérica es aquella cuyo objeto está determinado no individualmente, sino de una manera general, por características genéricas (que son comunes a todas las cosas que forman el género); cita como ejemplo el obligarse a entregar un litro de vino blanco de tal clase, o un kilo de pan de trigo candeal, o un automóvil de tal marca y modelo; casos en los cuales el obligado debe un ejemplar cualquiera, un litro o un kilo o un coche cualquiera, del género de que se trate (automóviles de tal marca y modelo, o vino de tal clase o pan candeal). Agrega Albaladejo que no se trata de que el de la obligación específica sea un objeto determinado individualmente, mientras que el de la obligación genérica sea el género (pudiéndose cumplir con cualquiera de las cosas o servicios que pertenezcan a éste), sino que en la obligación genérica existe un objeto, determinado en cuanto al género a que pertenece, pero aún no individualizado; así, luego, el objeto no es el género, sino el individuo que posteriormente se especifica dentro del género.

⁴ LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I, Página 161. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

⁵ DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones, Página 227. Editorial Temis, Bogotá, 1978.

⁶ BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo II, Página 341. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1979.

⁷ ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Volumen II, Tomo II, Páginas 44 y 45. Librería Bosch, Barcelona, 1980.

Por su parte, Jorge Joaquín Llambías⁸ establece que las obligaciones de dar cosas inciertas se refieren a un objeto que no ha quedado inicialmente definido en su individualidad, a lo cual habrá de llegarse con la respectiva elección o determinación de la cosa que haya de pagarse; siendo obligaciones de dar cosas inciertas las que versan sobre objetos no individualizados, que se definen por el género a que pertenecen, con caracteres diferenciales dentro del mismo género. Para el tratadista español Antonio Hernández Gil⁹, a los efectos de las obligaciones genéricas resulta esencial el concepto de género. De este modo señala que por género no es posible entender aquí, y menos únicamente, lo que por tal se entiende desde un punto de vista rigurosamente filosófico o físico; precisando que el Derecho, de ordinario, no opera con puros criterios de esa clase, sino con criterios sociales y económicos, más flexibles y aptos para la humana realización de la justicia. En tal sentido, enseña que la inadecuación del concepto de género, filosóficamente configurado, para explicar la estructura y la función de las obligaciones genéricas, se comprueba en virtud de diversas consideraciones. Así, en primer lugar, en un orden de ideas general o referido a la naturaleza, la distinción entre género y especie depende del lugar en que comience y termine la escala, de tal manera que una misma cosa que, respecto de otras, puede representar su género, puede, a su vez, aparecer como especie dentro de un concepto más amplio, y así sucesivamente; en tanto que en segundo lugar, lo que con arreglo a una conceptuación de tal clase constituye un género, es perfectamente posible que carezca de idoneidad para integrar por sí sólo el objeto de la obligación; así, el género "metal", u otros más particulares, como "dinero" o "trigo", no sirven para, con esa sola delimitación, integrar la prestación de una obligación, porque no se cumple el requisito de la determinabilidad exigido por el artículo 1,273 (del Código Civil Español); precisa que en tal caso no habríamos constituido una obligación genérica, sino que nos faltaría un elemento - el objeto - para dar vida a la obligación. Por último, Hernández Gil sostiene que la obligación es genérica cuando la prestación no se identifica con una sola "cosa" individualmente designada o determinada, sino que viene configurada más amplia o genéricamente, bien por referencia a un sector de la realidad en el que se hallen insertas diversas cosas no consideradas individualmente, bien porque se utilice algún medio objetivo indirecto para indicar qué es lo debido. Del mismo parecer son los tratadistas argentinos Alterini, Ameal y López Cabana¹⁰, cuando sostienen que las obligaciones de género recaen sobre cosas inciertas no fungibles; no estando en ellas determinadas las prestaciones individualmente, sino por su género, no pudiendo sustituirse entre sí, debido a que reúnen caracteres diferenciales dentro del género. Agregan los autores citados que en estas obligaciones es más importante el género, y la elección debe efectuarse dentro de

⁸ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-A, Página 137. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983.

⁹ HERNANDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones, Página 131. Centro de Estudios Universitarios Ramón Aceres. Editorial CEURA, Madrid, 1983.

¹⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II, Página 93. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

él, debiendo tenerse necesariamente en cuenta que los conceptos de género y especie se encuentran influidos por las circunstancias; de modo tal que el televisor constituye una especie dentro del género artefactos eléctricos; el televisor marca H una especie dentro del género televisor; el televisor marca H de pantalla de 17" una especie dentro del género televisor marca H, y así sucesivamente.

El Código Civil Peruano exige como requisitos mínimos para los bienes inciertos o determinables, el que estos estén especificados -cuando menos- en su especie y cantidad, en razón de que cuando se genera una obligación, debe ejecutarse, y el deudor debe estar comprometido seriamente a ejecutar una prestación que revista dicha seriedad. En tal sentido -como lo afirma la doctrina francesa de manera muy clara-, si no se estableciesen al menos la especie y la cantidad, podría un deudor estar obligándose y a la vez poderse desobligar de lo pactado o prescrito por la ley.

Para ilustrar lo mencionado vamos a citar dos ejemplos:

- (a) Si el deudor se obligase a entregar "dos animales" a cambio de 1,000.00 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 1,000.00 nuevos soles prometidos.

Como enseña el profesor Rodrigo Becerra Toro¹¹, el género, propiamente dicho, puede clasificarse en determinado e indeterminado. Es determinado cuando los individuos que forman el conjunto participan de caracteres comunes (caballos, vacas, arroz, etc.), e indeterminado cuando los individuos pertenecen a diferentes clases o grupos y apenas guardan relación por sus caracteres más universales (animal, vegetal, mineral, etc.). Señala el mencionado profesor colombiano que en el primer evento puede nacer la obligación civil, pero no en el segundo caso; ya que resulta posible deber un individuo de un género determinado (un caballo, un perro, etc.), mas no puede predicarse lo mismo de algo que se menciona por sus rasgos más universales (un animal, etc.); razón por la cual la legislación civil no acepta que se pacte una obligación de género indeterminado. En tal sentido, Becerra Toro precisa que debe entenderse como obligación de género aquella en la cual se determina a lo menos la clase o familia o grupo al que pertenece el objeto debido, aunque este mismo aparezca indeterminado.

- (b) Igual falta de seriedad ocurriría si el deudor se obligase a entregar "gallinas" a cambio de 4,000.00 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

¹¹ BECERRA TORO, Rodrigo. Op. cit., Páginas 273 y 274.

al acreedor dos gallinas, a cambio de los 4,000.00 nuevos soles prometidos.

En estos casos, el deudor podría cumplir su prestación entregando "casi nada"; y como en Derecho "casi nada" equivale a "nada" (Laurent y quienes le siguieron), esta situación es repudiada por dichos tratadistas.

Por otra parte, debemos recordar lo que decía Pothier¹², cuando señalaba que no es necesario que la cantidad que constituye el objeto de la obligación esté determinada al momento en que se contrae la obligación, pues bastará que pueda serlo en el futuro, como sería, por ejemplo, si uno estuviese obligado a indemnizarme los daños y perjuicios que he sufrido o pudiera sufrir en tal ocasión, caso en el cual la obligación sería válida, a pesar de que la suma de dinero a que asciende no esté todavía determinada, por ser determinable en el peritaje. De la misma manera -agrega Pothier- si otro se obligase a suministrarme trigo para el alimento de mi familia durante un año, la obligación sería válida, por más que no se haya determinado la cantidad, por cuanto es determinable por la estimación que se hará de lo necesario para ello.

De otro lado, debemos recordar lo que expresaba Busso¹³, en el sentido de que primero debe señalarse que el género es un concepto y no una realidad material. Así, si se vende "un caballo" sin ninguna otra aclaración, el contrato no se refiere a un animal determinado; pues, para designar la materia de la obligación, las partes se han valido de una idea general, siendo necesario aclarar cuál es la representación mental que ha correspondido a esa idea para fijar los efectos de la convención. Entiende Busso que la designación genérica, sin apuntar a un objeto determinado, comprende a todos los que reúnan los caracteres propios al género de que se trate. Así, continúa diciendo que el género como concepto tiene aptitud legal para contener un ilimitado número de casos individuales; precisamente porque se trata de un concepto que no está restringido por los límites de la realidad, ya que el género es imperecedero e inagotable; y aun tratándose de géneros calificados que resulten en la práctica de un contenido real sumamente reducido, siempre será cualidad conceptual del género esa teórica ilimitación.

Para Busso, la extensión de un género es algo distinto a su comprensión; se refiere ésta última a la aptitud de contener ilimitados casos reales, en tanto la extensión se refiere a la zona de realidad que el género abarca. Así, el género "caballo", por su extensión, es más limitado que el género "animal", pero uno y otro son ilimitados dentro de sus respectivas zonas. El citado autor señala que la extensión del género puede ser más o menos amplia según las restricciones o calificaciones que se le impongan; puede hacerse, en tal sentido, una distinción

¹² POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Página 114. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f.

¹³ BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo IV, Página 176. EDIAR Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1951.

entre género ilimitado y género limitado, recordando, para tal efecto, la opinión de Freitas, en el sentido de que el primero de los mencionados es aquél que comprende toda una especie, cuyos límites están solamente en la naturaleza. Coincidimos con Busso al señalar que, a pesar de lo anotado, todo ello resulta sumamente impreciso.

Como anota este autor¹⁴ "Desde luego que el objeto de estas obligaciones no queda determinado con la sola indicación de una cantidad cualquiera. Un número no designa por sí solo una realidad concreta y determinada: es una expresión abstracta que debe aplicarse a una materia dada. No basta obligarse a pagar 'cinco' si no se aclara el género dentro del cual las cinco unidades se tomarán: cinco caballos, cinco kilogramos de azúcar, etc. Es, pues, elemental que en la obligación debe expresarse el género, especie y calidad que corresponde a la cantidad debida."

En expresiones del mencionado tratadista argentino, el género puede resultar limitado por las calificaciones que resulten del título de la obligación; como por ejemplo sería el decir un caballo de silla o un caballo de carrera; agrega que las calificaciones pueden aumentar indefinidamente, como sería el caso de un caballo de carrera de dos años, tordillo, de tanta alzada, etc.; precisa también que esas calificaciones no constituyen limitaciones rígidas, pues siempre resulta indefinido el número de animales que puedan cumplir todos esos requisitos.

Este mismo autor señala que en la obligación de género el objeto no es un individuo concreto, sino una cosa comprendida en ese género; añade que la fórmula de esta obligación es general y abstracta, recordando las palabras de Pothier cuando enseñaba que el objeto es expresado por medio de una idea trascendente que hace abstracción de los individuos que integran el género. Recuerda también la expresión de Windscheid, cuando señalaba que en la obligación de género la determinación se practica por medio de "contraseñas" que no son "contraseñas" de individualidad.

En opinión de Luis María Boffi Boggero¹⁵ "Es evidente que entre el género sumo y el individuo hay una escala de especies intermedias, cada una de las cuales es género de otras especies y así sucesivamente. Entre publicación y libro, entre libro y libro de derecho, entre libro de derecho y libro de derecho civil, entre libro de derecho civil y libro de obligaciones, entre libro de obligaciones y libro sobre el pago, etc., hay una situación de mayor a menor que permite a cada término ser especie respecto del tramo superior y género con referencia al tramo inferior." Según Jorge Joaquín Llambías¹⁶, se entiende por género el conjunto de seres o cosas que poseen un cierto número de caracteres comunes: así los hombres, los caballos, los perros, pertenecen al género animal; las rosas, los

¹⁴ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 193.

¹⁵ BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Página 342.

¹⁶ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 138.

jazmines, las violetas, los claveles, pertenecen al género flor; los automóviles marca Ford, Chevrolet, Fiat, Renault, Peugeot, pertenecen al género automóvil. Agrega Llambías que cuando se habla de obligaciones de cosas inciertas se alude a objetos que se identifican por el género al que pertenecen; añade que el género es un concepto relativo, que depende de la intención de las partes, ya que son éstas las que definen, aun tácitamente, cuáles son las cualidades comunes a varias cosas que hacen surgir un género identificado por tales calidades.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff¹⁷ "Constituye un caso especial de obligación, la genérica, o sea aquella en la cual el objeto de la prestación está determinado por características genéricas. Su contrafigura es la obligación específica, que se refiere a una prestación determinada por notas particulares. Por regla general, el objeto de las obligaciones genéricas está constituido por cosas fungibles, pero esto no es indispensable, ya que también pueden ser objeto de una deuda de género las cosas no fungibles (un caballo de silla, un auto), e igualmente una cosa fungible (este ejemplar de un libro difundido en una gran edición) puede ser debida como especie. A estos efectos es decisiva la determinación de las partes, mientras que la fungibilidad depende de la opinión del tráfico".

Continúan diciendo Enneccerus, Kipp y Wolff que la esencia de la obligación genérica se revela en que es más libre la posición del deudor, ya que puede elegir en el género el objeto a prestar; naturalmente dentro de los límites establecidos por la ley, que en el caso peruano están determinados por el artículo 1143 del Código Civil.

Respecto de la mayor libertad a la que aluden, podríamos señalar que variará de acuerdo con la amplitud en la que consista la especie materia de la obligación de dar bienes inciertos. Cuanto más grande sea la especie, mayor será la libertad; por el contrario, cuanto menor sea aquélla, menor será ésta.

Respecto del tema de las obligaciones de dar bienes inciertos o determinables, podríamos decir, con Héctor Lafaille¹⁸, que el tema de las obligaciones sobre cosas inciertas, abarcado sobre todo su horizonte, es de aplicación bastísima y excede con mucho los límites del Derecho Civil. Así, las operaciones sobre mercaderías, ya de una calidad prevista o con la base de muestras, son las más comunes en el comercio, a las que podemos añadir, como señala Lafaille, infinidad de negocios relativos a cereales en los países agrícolas, sin contar los ganados y los productos de la industria; de forma tal que, los conceptos sobre este tipo de bienes suministran las bases para todos esos contratos, si bien admiten variantes en sus detalles por los preceptos de cada categoría y los propios del Derecho Mercantil.

¹⁷ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Tomo II, Volumen I, Página 30. Bosch, Barcelona, 1950.

¹⁸ LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones, Tomo VI, Volumen I, Página 134. Compañía Argentina de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1943.

El propio Lafaille¹⁹ plantea el tema del género próximo y del género remoto. Así, señala que está permitido constituir una obligación de contenido indeterminado, siempre que él pueda concretarse. Agrega que el "género próximo", también denominado "especie", consiste en una clase de objetos que ofrece caracteres diferenciales, como un caballo, una mesa, trigo, azúcar, etc.; no siendo válida, por el contrario, y como lo hemos señalado nosotros anteriormente, una obligación tan vaga, como la de entregar muebles, animales, etc., por constituir una de "género remoto". De este modo, la categoría que estamos abordando es la del "género próximo".

Para Luis Diez Picazo y Antonio Gullón²⁰, se denominan obligaciones genéricas aquellas obligaciones de dar, en las cuales la cosa objeto de la prestación se encuentra determinada únicamente a través o mediante su pertenencia a un género; entendiéndose por género, en el lenguaje jurídico, a un conjunto más o menos amplio de objetos que reúnen unas determinadas características o de los que se pueden predicar unas condiciones comunes; agregan que, en cambio, se denominan obligaciones específicas aquellas que recaen sobre cosas concretas y determinadas, en las que el deudor sólo cumple entregando la cosa prefijada. En cambio, en las obligaciones genéricas, el deudor puede cumplir entregando uno cualquiera de los objetos o una determinada cantidad de ellos, siempre que pertenezcan al género estipulado.

Eduardo B. Busso²¹ plantea la interrogante acerca de si los inmuebles son susceptibles de constituir el objeto de obligaciones genéricas. El mencionado autor señala que es doctrina corriente que los inmuebles no pueden ser objeto de tales obligaciones, por cuanto sus condiciones, su situación y otros caracteres son esenciales para contratar sobre ellos. Agrega Busso que "la individualidad del inmueble es particularmente indispensable en los códigos que adoptan el moderno sistema de transferencia por inscripción en el Registro. Así, el Proyecto de reformas al Código Civil Argentino de 1936 disponía que si la prestación consiste en la entrega de un inmueble, sólo será válida cuando él estuviere individualmente determinado. Es nula -dice el Anteproyecto de Bibiloni- la obligación de entregar inmuebles genéricamente determinados." Así, continúa diciendo Busso, aunque la obligación de transferir inmuebles no puede constituirse en virtud de simples designaciones de género o de cantidad, debe admitirse como válida una convención, aunque deje en alguna medida indeterminado el objeto inmueble a que se refiere; señala como ejemplos válidos, el vender una legua de terreno a tomar en la mayor extensión del campo tal o cual, o bien la donación de cincuenta hectáreas a tomar en cualquiera de mis campos, etc.

¹⁹ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 134 y 135.

²⁰ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Página 207. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1985.

²¹ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 179.

Según Enneccerus, Kipp y Wolff²², "las partes (o el testador) pueden determinar el género con mayor o menor amplitud, mediante características discrecionales (vino, vino blanco, vino del Rhin, vino Josephshöfer, Josephshöfer-cosecha de 1921), y especialmente también estableciendo que las cosas objeto de la prestación hayan de extraerse de una determinada gran porción (la producción de una finca o de una fábrica determinadas). En tales casos -señalan- se habla de obligación genérica delimitada (limitada). En igual sentido opinan Luis Diez Picazo y Antonio Gullón²³, cuando expresan que la doctrina suele distinguir una obligación genérica normal u ordinaria y una obligación genérica delimitada o de género limitado, como una variante de aquélla; agregan que la obligación de género limitado supone que las partes no sólo han designado el género a que pertenece la cosa, sino también otras circunstancias externas que sirven para delimitarla, como la procedencia (te compro 1,000 litros de vino de tu cosecha de este año), el lugar donde se encuentra (te vendo 1,000 litros de vino de los que tengo en mi bodega), u otras semejantes (v. gr. 10 litros de vino de la cosecha de 1960). Añaden los autores españoles citados, que la delimitación causa que la pérdida fortuita de las cosas incluidas en ella libere al deudor de su obligación. Así -sostienen- restringe el juego de la regla **genus nunquam perit**, adquiriendo importancia práctica la idea de la obligación genérica, cuando la delimitación se produce a través del origen o de la fuente de producción de las cosas, con la posibilidad de que las partes la lleven a efecto expresamente; pero los autores citados se cuestionan si, ante su falta debe entenderse implícitamente establecida, como sería el caso de si un fabricante de cemento se obligase a suministrar una tonelada, en el cual podríamos preguntarnos si estaría implícito o no el pacto de que el cemento contratado es el producido por tal fabricante. Diez Picazo y Gullón creen que la cuestión es un problema de interpretación de la voluntad de las partes y de los usos del tráfico.

Para la ejecución de una obligación de dar bienes inciertos, es necesario que se efectúe una elección. Este tema, según Saleilles²⁴, puede revestir tres tipos: el de la "separación" o "individualización", en que se exige un acto que llegue a determinar materialmente el objeto, y se aplica más todavía para las cantidades de cosas; el del "envío" o "expedición"; y el de la "entrega al acreedor", o sea la "tradición", entendiéndose que hasta entonces es permitido volver sobre el elegido. En adición a lo señalado, Lafaille agrega un cuarto sistema, el de la "declaración", supuesto que es contemplado por el Código Civil Peruano en su artículo 1145.

En este punto, debemos diferenciar a los bienes inciertos (aquellos susceptibles de determinación) de los bienes fungibles. Fungibles son aquellos

²² ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Página 30.

²³ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen II, Página 209.

²⁴ Citado por LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Páginas 135 y 136.

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 igual 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.

Resulta de sumo interés lo anotado por Busso²⁵, al referirse a las que él denomina como "cosas en serie":

"Ciertas cosas producidas en serie son individualizadas por indicación de los caracteres de la serie a que corresponden. Así como ocurre con los automóviles (mediante indicación de marca, modelo, carrocería, etc.), con las maquinarias, con ciertos artefactos, etc. En un caso se resolvió entre nosotros la venta de cosa determinada. Pero el fallo, más que el aspecto civil de la cuestión, se refería a un problema paralelo: si el comprador tenía derecho a examinar la mercadería y a rechazarla si no le conviniera."

Por nuestra parte creemos, en suma, que el ejemplo de vehículos sería una obligación de dar bien fungible.

25

BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Número 32.

Pero en relación al tema de los bienes fungibles y los bienes inciertos se suscita un problema adicional que muchas veces pasa inadvertido. Debemos precisar que, en relación a este punto, 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 Derecho²⁶.

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 fabrica 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 ya publicados de nuestro Tratado de las Obligaciones, apenas 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 situación 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. Estaríamos fuera de toda razón y de todo principio si efectuáramos tal afirmación.

Debe mencionarse, para finalizar este apartado, que el Código Civil Peruano de 1984 no ha regulado el tema de las obligaciones de dar bienes fungibles, puesto que él se resuelve de manera muy sencilla y ágil, aplicando las normas y principios que inspiran el Derecho común. Con la razón y el entendimiento basta para otorgar solución a cualquier problema derivado de estas obligaciones.

²⁶ El tema fue discutido en una de las clases del curso de Derecho de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, en el año 1994. La entonces alumna -hoy distinguida abogada- con quien se suscitó el planteamiento del tema es la señorita Laura Castro Zapata.

En este punto, queremos también precisar que la obligación de dar bien cierto es aquella que conlleva el grado más preciso de determinación respecto del bien que se tiene que entregar. Resulta de enorme interés recordar lo señalado por el tratadista argentino Eduardo B. Busso²⁷, cuando precisa que para tener un cuadro completo de los diversos grados de indeterminación por que puede pasar el objeto de una obligación, es menester combinar las varias formas de designación previstas por el Código Civil de su país. Así, Busso efectúa en una determinación decreciente el siguiente orden escalonado:

- "1. Obligación de cosa cierta.
2. Obligación de cosa cierta y determinada, en que la certidumbre del derecho del acreedor se ve limitada por la facultad de sustitución en el pago que se reconoce al deudor (obligaciones facultativas).
3. Obligación de cosa cierta a determinar entre varias cosas ciertas que se designan individualmente en el título (alternativas).
4. Obligación de una cosa a determinar entre un grupo de cosas designado colectivamente en el título (**incertum ex certis**; un caballo de mi estancia...).
5. Obligación de una cosa no fungible, designada sólo por el género y que deberá determinarse entre todas las que integran el género (genéricas; por ejemplo, un caballo...).
6. Obligación de una cosa fungible o de una cantidad, designada solamente por la especie y calidad (obligaciones de cantidad; por ejemplo, cien litros de vino...)."

Otro ejemplo de obligación de entregar bienes fungibles es aquel en el cual una persona solicita en una bodega una cajetilla de cigarrillos marca Winston y existen en el mostrador 100 cajetillas de esa marca. En este caso, el deudor (el bodeguero) entregará al comprador una cajetilla cualquiera de las 100 que tiene (siempre que esté en buen estado), a su exclusiva decisión, sin que se apliquen las reglas de elección. En este supuesto, la incertidumbre se genera porque el acreedor no sabe cuál de las 100 cajetillas le será entregada.

Sin embargo, podrá darse el caso en que la diferencia entre el dar bienes inciertos y el dar bienes fungibles dependa de la forma en que se ha constituido la obligación. Si fuese el caso que un deudor se obligara frente a una persona a entregarle "100 cajas de botellas de una bebida gaseosa", aquí sí habría elección, ya que el deudor tendrá que escoger 100 cajas de una bebida gaseosa de una marca entre todas las existentes. Sin embargo, las botellas seguirán siendo bienes fungibles. Como vemos, aquí sí se aplicarían las reglas de la elección, la

²⁷ BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 8.

que se produciría entre las diferentes marcas de gaseosas. En palabras de Cazeaux y Trigo Represas²⁸, aun tratándose de cosas fungibles, es necesario prevenir que con respecto a ellas puede usarse una manera de obligarse que sea en realidad una contratación sobre objetos ciertos, y por lo tanto no serían aplicables las normas del Código referentes a las obligaciones de dar cantidades de cosas. Los mencionados tratadistas citan como ejemplo el contrato sobre cosas fungibles por conjunto, que ocurriría si se prometiera la entrega de toda la cosecha de maíz de la chacra tal, del trigo que está almacenado en el galpón A, etc.

Para Jorge Joaquín Llambías²⁹ son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale al otro, de modo tal que es posible ofrecer unas cosas por otras de la misma calidad y en igual cantidad, siendo intercambiables entre sí, por lo que es indiferente recibir esta cosa o aquella otra.

Resulta interesante, al abordar el tema de los bienes inciertos y los bienes fungibles, y no obstante haberlo señalado anteriormente, determinar a cuál de las dos categorías pertenece el dinero. Luis de Gásperi³⁰ recuerda la opinión de Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del Código Civil Argentino, en el sentido de que las obligaciones de dar sumas de dinero, pertenecen a aquellas de dar bienes inciertos no fungibles, lo que es reiterado por los artículos 603, 604, 607 y 609 del mencionado Código Civil. De Gásperi realiza un estudio muy prolijo acerca de las diferencias que pueden existir entre las obligaciones de dar sumas de dinero y las obligaciones de dar bienes inciertos. El señala que históricamente, desde el Derecho Romano hasta nuestros días, siempre el dinero fue considerado entre las cosas fungibles, al extremo que ningún otro bien se acomoda tanto a la definición del artículo 2324 del Código Argentino, en el sentido de que son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y que pueden sustituirse las unas por las otras, de la misma calidad y en igual cantidad.

De Gásperi efectúa el siguiente razonamiento para sostener que la obligación de dar una suma dineraria corresponde a las obligaciones de dar bienes inciertos más que a las de dar bienes fungibles:

"Mas, apenas si hay necesidad de reflexionar un instante para advertir que el dinero ocupa, entre las cosas fungibles, posición especial. A las partes que contratan una compraventa de trigo les bastará, por lo común, indicar la cantidad y calidad a entregarse, para que la cosa vendida sea cierta y determinada. El trigo existe en la naturaleza. No habría manera de equivocarse a su respecto. El que estipula, en cambio, una suma de cien dólares, o de mil francos, o de mil libras

²⁸ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Páginas 560 y 561. Editorial Platense, La Plata, 1986.

²⁹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 151.

³⁰ DE GASPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Tomo II, Páginas 227 y siguientes. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946.

esterlinas, no está en la misma situación del que se ha hecho prometer cien toneladas de trigo o de arroz o de maíz, pues siempre cabría averiguar ¿de qué dólares, de qué francos o libras se trata? Existe el franco oro, el franco papel, la libra de oro, la libra de papel. El dólar posterior a 1934 no es el mismo dólar anterior a ese año, en que sufrió importante depreciación. El franco belga de 1935 no es el mismo de 1926, por la disminución de valor que sufrió. El franco suizo de 1936 no es equivalente al anterior, por la alteración de su contenido-metal. Y así sucesivamente, de suerte que una obligación de mil francos suizos contraída en 1935 y pagada en 1937, por ejemplo, pudo traducirse en pérdidas para el acreedor. Tiene esta pérdida que ver con la alteración del peso y ley de las monedas, de antiguo practicada por el Estado, en virtud del poder que se le conoce de acuñarlas. Puede arbitrariamente el soberano modificar el valor de su moneda por la sustitución del metal por otro, o por la modificación del peso del metal por un mismo valor nominal, o por la alteración del título, etc. Mutaciones son éstas a que no se hallan expuestas las obligaciones de dar trigo, arroz, maíz, huevos, etc., porque devaluación o revaluación es imposible. Viene de aquí que, entre las cosas fungibles, presente el dinero una `diferencia específica'. En el comercio, dice Nussbaum, no se da ni se toma el dinero como lo que físicamente representa, esto es, un trozo de papel, una pieza de cobre o una pieza de oro. El dinero no se determina por caracteres físicos, por unidades corpóreas, o por masas materiales, como el **genus** que procede de la naturaleza. El dinero, en el comercio, se da y se recibe atendiendo solamente a su relación con una determinada unidad (marco, franco, lira, etc.), o, más exactamente, como un equivalente, múltiplo o submúltiplo de esa unidad; dicho en una palabra, como X veces la misma unidad. Esta es de naturaleza ideal, pero se materializa, con arreglo al criterio del comercio, en los signos monetarios, y, en cada momento, según una relación numérica determinada por la clase de moneda de que se trate.

Suponiendo que en un kilo de arroz concurren por lo común diez mil granos de este cereal, nadie, al contratar su compraventa, fija el precio del kilo en relación al valor de un grano multiplicado por diez mil, sino a su `cantidad', de que el `peso' (kilo) es la `medida'. Acontece lo contrario con el dinero. Quien lo da o lo recibe, no atiende a su `peso', sino a su `número', de donde viene que sea más correcto decir `sumas', que `cantidades' de dinero. Si éste consiste en moneda, su cuño dispensa al tomador de comprobar las cualidades materiales de la cosa utilizada como tal. Si es billete de Estado, la autenticidad de su diseño. Cien pesos fuertes de curso legal, es continente de cien veces la unidad `un peso', la cual no tiene, fuera del dinero, existencia material."

Hasta aquí las palabras del tratadista paraguayo.

Consideramos que De Gásperi confunde el tema de la fungibilidad del dinero, al hablar de diversas unidades monetarias dentro del mismo país, y hasta dentro de la misma denominación, pero que responden en realidad a criterios diferentes, puesto que, a pesar de llamarse igual, no son la misma moneda (unidad monetaria). Nosotros creemos que dentro de un mismo signo monetario todas sus unidades son fungibles entre sí (entendiendo que el dinero está

formado por unidades monetarias idénticas, y por lo tanto intercambiables y equivalentes todas ellas entre sí).

No obstante la distinción conceptual existente entre las obligaciones de dar bienes fungibles y las de dar bienes inciertos, el Código Civil Peruano de 1984 no reguló aquellas, ya que entiende que no existe razón valedera para regir de manera diferente ambos tipos de obligaciones, pues, señala Bibiloni, autor del Anteproyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1929, a los efectos jurídicos que se tienen en cuenta, no interesa que las cosas debidas sean fungibles o no fungibles; pues la indeterminación que resulta del título debe cesar en la misma forma en uno y otro caso; agrega que las operaciones de pesar o medir, como forma de individualizar, corresponden a la ejecución de la obligación, y, por otra parte, se aplican igualmente a las obligaciones de cosas no fungibles. En tal sentido resulta pertinente recoger la opinión de Jorge Joaquín Llambías³¹, cuando señala que en nuestro tiempo ha desaparecido la categoría de las obligaciones de cantidad, que quedan subsumidas en la clase más amplia de las obligaciones de género; respondiendo esta supresión al criterio apropiado, ya que es innegable que las obligaciones de cantidad son también relativas a un género, por lo que no hay inconveniente en regirlas por las disposiciones referentes a estas últimas.

Por otra parte, debemos diferenciar también a los bienes inciertos de los bienes futuros. Los bienes futuros se asemejan a los determinables en que en ambos casos existe incertidumbre, pero mientras los bienes inciertos pueden ser existentes o no, los bienes futuros son -respecto del contrato celebrado o la obligación originada- inexistentes (aunque puedan tener existencia material)³².

Debemos distinguir también a las obligaciones de dar bienes inciertos, de aquellas obligaciones consistentes en dar cantidades de cosas. Estas últimas no han merecido un tratamiento específico dentro de nuestro Código Civil, tal como sí lo han merecido en otros cuerpos legislativos, como es el caso del Código Civil Argentino, en sus artículos 601 a 605. Según Eduardo B. Busso³³, comentarista de dicho Código, "Llamamos cantidades de cosas -dice Savigny, a quien transcribe la nota del codificador- a aquellas que no tienen, en los límites de un género determinado, ningún valor individual, en forma tal que para ellas todo valor sólo es determinado por el número, peso o medida, y es indiferente la distinción individual". No obstante la omisión del Código Civil Peruano respecto de la regulación de esta clase de obligaciones, entendemos nosotros que las mismas se solucionan por los principios generales que regulan el tema de las obligaciones

³¹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 152.

³² Para mayor ilustración sobre el punto, remitimos a la lectura del tema tratado en la obra "El bien materia del contrato de compraventa", de Mario Castillo Freyre -coautor de este trabajo-, Volumen XIII de la Colección Para Leer el Código Civil, del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Noviembre de 1992; en especial las páginas 148 a 159.

³³ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 193.

de dar bienes inciertos. Adicionalmente debemos señalar que la doctrina moderna tiende a regular ambas clases de obligaciones bajo el mismo régimen³⁴.

Es necesario también, en este punto, efectuar una distinción entre las obligaciones de dar bienes inciertos y las obligaciones alternativas. Este tema, que en nuestros días no merece mayores dificultades, no siempre siguió el mismo camino. Prueba de la confusión de ideas que ha generado el punto son las expresiones que al respecto vierte el famoso Giorgi³⁵.

Por su parte, el Doctor José León Barandiarán³⁶ sí establecía una distinción entre ambos tipos de obligaciones.

"La obligación genérica importa situación distinta a la obligación alternativa.

En la obligación genérica el deudor presta una cosa dentro del grupo a que la misma pertenece. En la obligación alternativa el deudor presta una de las varias cosas debidas. En la última, pues, todas las cosas que constituyen el objeto de la convención son debidas, están **in obligatione**; en la primera ninguna cosa es debida, ninguna está **in obligatione** antes de la respectiva individualización. De aquí que la obligación resulta extingible tratándose de la alternativa, cuando las dos o todas las varias cosas que forman el contenido de la misma se pierden fortuitamente; lo que no sucede tratándose de la obligación de cosa indeterminada, que sólo podría devenir inexigible cuando toda la especie hubiese desaparecido. La nota de individualización o concentración, opera en la obligación de cosa señalada únicamente en su especie; lo que no tiene lugar en las obligaciones alternativas. La determinación propia de los dos o de los varios objetos prometidos, caracteriza a la obligación alternativa; lo cual no ocurre con la obligación de dar cosa indeterminada, pues en esta última, la indeterminación en cuanto al objeto de la obligación, es lo que identifica a esta misma, por más que en esa indeterminación quepa una relatividad mayor o menor, según las circunstancias. Tales características, propias de cada una de las dos clases de obligaciones antes referidas, impide el confundirlas. No obstante, el funcionamiento de una y otra puede asociarse, como lo indicamos en otro lugar."

También son de interés los términos que al respecto expresa Antonio Hernández Gil³⁷ cuando sostiene que "media una importante diferencia derivada de que, en las genéricas, las varias posibilidades de la prestación están entre sí unidas por la común pertenencia al género, de manera que éste dota al objeto de la obligación de homogeneidad, mientras en las obligaciones alternativas las

³⁴ Sin embargo, resulta interesante observar las distinciones que algunos autores establecen entre ellas. Para tal efecto, recomendamos consultar a SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 376.

³⁵ GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo IV, Página 460.

³⁶ LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, Tomo II, Páginas 38 a 40. Ediar, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954.

³⁷ HERNANDEZ GIL, Antonio. Op. cit., Página 132.

posibilidades de la prestación pueden ser entre sí heterogéneas -por ejemplo, deber la finca rústica X o un millón de pesetas-, lo cual no significa que falle toda idea de unidad, pues concurre desde otro punto de vista." En tal sentido también se pronuncian Cazeaux y Trigo Represas³⁸, cuando señalan que, en este tipo de obligaciones y en las alternativas, lo que debe darse está supeditado a una elección; diferenciándose las dos fundamentalmente en cuanto al ámbito dentro del cual debe hacerse la elección, pues mientras en la obligación de dar cosas inciertas no fungibles la elección comprende a toda una especie, en la obligación alternativa, está -como dicen los autores- **per se contemplatae**. Agregan ellos que, como ha hecho notar Castán Tobeñas, en la obligación alternativa las prestaciones a elegir pueden ser de distinta especie, lo que constituye una característica distintiva más.

Por nuestra parte, debemos señalar que no deben confundirse las obligaciones de dar bienes inciertos con las obligaciones alternativas. En las primeras, nos encontramos frente a una obligación de objeto único, es decir, de una sola prestación, la misma que consiste en entregar un bien, que deberá ser elegido de entre la especie a la que pertenece; lo que equivale a decir que lo escogido para entregar debe ser un bien entre varios, pero dentro de una sola prestación. En cambio, en las obligaciones alternativas, observamos a una obligación con objeto plural, vale decir que comprende dos o más prestaciones de dicho carácter. En las obligaciones alternativas, lo elegido deberá ser una de las prestaciones entre todas ellas; no un bien.

Sin embargo, existe un supuesto en el cual se mezclan los conceptos de las obligaciones de dar bienes inciertos, con aquellos de las obligaciones alternativas: cuando nos encontramos frente a una obligación con prestaciones alternativas, en la cual la prestación elegida para efectuar el pago sea una de dar bienes inciertos, caso en el que será necesario efectuar una segunda elección, esta vez ya no referida a prestación alguna (pues ésta ya se escogió), sino relativa a la elección del bien que dentro de la especie a la que pertenece servirá para la ejecución de la prestación elegida.

También debemos señalar que en nuestro medio se ha sostenido que el tratamiento que efectúa el Código Civil Peruano de 1984, respecto a este tipo de obligaciones, deviene en incompleto y, por tanto, en deficiente³⁹.

Nosotros no compartimos tal planteamiento, dado que la tendencia moderna de la legislación y la doctrina es regular el tema de las obligaciones genéricas, prácticamente con los preceptos de las obligaciones de dar bienes inciertos. Esto porque, a la materia de las obligaciones de dar cantidades de

³⁸ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Página 542.

³⁹ Tal planteamiento ha sido sostenido -entre otros- por el Doctor Horacio Gago Prialé (GAGO PRIALE, Horacio. Obligaciones Genéricas en el Código Civil Peruano. En: Revista Thémis # 6, publicada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Marzo de 1987, Páginas 64 y siguientes).

cosas, le es de entera aplicación el conjunto de principios que informan a las obligaciones de dar bienes inciertos; porque las obligaciones de dar bienes fungibles no requieren -prácticamente- de ninguna regulación, ya que los problemas que pudieran suscitar se resuelven por las reglas del Derecho común, derivadas de su naturaleza; y, por último, las obligaciones alternativas son reguladas juntamente con las facultativas, y ambas, con las conjuntivas, constituyen el rubro que clasifica a las obligaciones por la pluralidad de objetos.

2. **La elección en los bienes inciertos.**

El artículo 1143 del Código Civil Peruano de 1984 dispone en su primer párrafo que en caso 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 contrato⁴⁰.

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. Esta opción es asumida por la generalidad de la doctrina, aunque no necesariamente de manera tan precisa. Así, tenemos la opinión de Luis Diez Picazo y Antonio Gullón⁴¹, quienes sostienen que cuando la obligación consista en la entrega de una cosa genérica, cuya calidad y circunstancias no se hayan expresado, el acreedor no podrá exigir una cosa de la calidad superior, ni el deudor entregarla de calidad inferior.

⁴⁰ Sobre este particular resulta interesante apreciar la opinión del Doctor José León Barandiarán sobre el artículo 1179 del Código Civil de 1936 (LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 41 y 42).

⁴¹ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen II, Página 207.

Antes de efectuar cualquier consideración al respecto, debemos tratar de absolver la siguiente pregunta: ¿Qué debe entenderse por calidad media?

La respuesta a esta interrogante no es fácil. Para ilustrar la complejidad del asunto, vamos a citar los conceptos que al respecto vierten Alterini, Ameal y López Cabana⁴²:

"¿Qué se entiende por `calidad media'? Nosotros compartimos el criterio de Greco: de existir siete tipos de calidades -por ejemplo-, no podría el acreedor elegir cosa de la calidad Número 1, ni el deudor cosa de la calidad Número 7, pero podría el acreedor elegir cosa comprendida en las calidades 2 y 3, y el deudor cosa comprendida en las calidades 6 y 5. No cabe concluir -agrega- que ambos deban elegir, cuando esa facultad les corresponda, cosa de la calidad Número 4. O sea que, por calidad media, se entienden las cosas `comprendidas entre la mejor y la peor'; sólo se excluyen, pues, la mejor y la peor, según sea quien elige."

Por nuestra parte, debemos expresar que no compartimos los conceptos antes citados, pues creemos que aquella -la de definir por exclusión- resulta la manera menos certera de establecer qué debe entenderse por "calidad media", además de no solucionar nada -por la vaguedad de sus conceptos y de las categorías que pueden, en tal hipótesis, estar comprendidas en ella-.

Para empezar a tratar de resolver el problema, en primer lugar, vamos a recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Aquí se nos dice⁴³ que calidad es la "propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa, que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie."

De la definición señalada extraemos una primera conclusión en el sentido de que sólo podemos hablar de calidad, en el punto 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.

⁴² ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 95.

⁴³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario, Tomo I, Página 242. Espasa Calpe S.A., 1984.

Para ello vamos a utilizar varios ejemplos, a nuestro entender suficientemente ilustrativos.

Si la obligación con prestación de dar un bien incierto consiste en dar un libro de la biblioteca de Derecho del deudor, si éste debe realizar la elección, tendrá que escoger un libro no inferior a la calidad media; si le corresponde al acreedor, uno de calidad no superior a la media; y si le corresponde a un tercero, un libro de calidad media.

En primer lugar, para el caso anotado, consideramos que debería tenerse presente el elemento del justo precio o valor de los libros que forman dicha biblioteca. Definitivamente, si la gran mayoría de libros oscila en un valor de 60.00 nuevos soles, por ejemplo, tal será el valor medio.

Sin embargo, cabe tener en cuenta, además, la calidad del material con que están confeccionados dichos libros. Por ejemplo, si la gran mayoría están empastados, y sólo algunos revisten una calidad inferior o superior a la señalada, dicha calidad de encuadernación será la calidad media.

Pero todo no queda allí; también habrá que considerar la calidad de las hojas de los libros para llegar a similares conclusiones.

Y por si fuera poco, no olvidemos que tratándose de libros lo fundamental para determinar la calidad media de los mismos será conocer su contenido.

De modo tal que para pronunciarnos sobre un libro de calidad media de esa biblioteca de Derecho, deberemos efectuar un análisis múltiple, considerando los criterios mencionados y algunos otros que resulten complementarios y de utilidad para tales efectos.

Resulta pertinente, en este punto, citar las palabras de Karl Larenz⁴⁴ "...el deudor ha de entregar una cosa `de la especie y calidad medias (...)', y, en tanto otra cosa no se haya estipulado, puede elegir el objeto o la cantidad determinada que el acreedor debe recibir; pero desde luego no podrá escoger objetos de peor calidad o -en caso de que la clase no esté determinada- de la clase más inferior. Las cosas entregadas han de corresponder al tipo medio de su género. Pero el mismo género puede estar más o menos delimitado; se puede vender, por ejemplo, coles de una cierta clase, o, sencillamente, coles, huevos de cierto peso, o sencillamente huevos. En el primer caso la prestación ha de corresponder al promedio de esta especie o clase, en el segundo, únicamente a aquel de la totalidad del género de la mercancía de que se trate. Si los objetos entregados no son de especie y calidad media, el acreedor no está obligado a aceptarlos como cumplimiento de la obligación. Pero si corresponden a clase superior a la media, por el hecho de haberlos elegido y entregado el deudor, son ya los únicamente debidos (...); en este último supuesto no se tendría en cuenta una reclamación basada en que dichos objetos no eran los adeudados.

⁴⁴

LARENZ, Karl. Op. cit., Tomo I, Páginas 163 y 164.

La relación obligatoria 'se limita' a los objetos concretos elegidos por el deudor (o la cantidad determinada separada) cuando éste ha hecho por su parte lo necesario para cumplir la prestación. De esta forma queda definitivamente determinado el objeto de la prestación que hasta ahora era relativamente indeterminado: por consiguiente, la deuda pierde su anterior carácter de obligación genérica y se transforma en una obligación de cosa determinada. Este hecho se denomina 'concentración' o 'concreción' de la obligación genérica (o más exactamente: del objeto de la prestación). Y como consecuencia, el perecimiento sin culpa del deudor que se produzca de ahora en adelante de los objetos elegidos libera a aquél (...) no es aplicable ya desde este momento."

Hasta aquí las expresiones de Larenz.

De lo mencionado podemos observar que 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 Española, deberemos tener extremo cuidado para combinar adecuadamente todos los criterios expuestos.

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.

Para ilustrar esos casos vamos a señalar un ejemplo ya clásico en la historia de la aviación comercial. Durante la década de los años sesenta, en la que se produjo el auge de los aviones comerciales a retropulsión (**jets**), que sustituyeron a los turbohélices, se fabricaron tres aviones contruidos por firmas distintas, en apariencia con similares características externas, pero que alcanzaron destinos muy diferentes. En primer lugar, el Boeing 707, fabricado por la Boeing Aircraft Corporation; en segundo lugar el Mc Donnell Douglas DC-8, fabricado por la Mc Donnell Douglas Corporation; y por último, el Convair 990, producido por la empresa General Dynamics, al igual que las dos anteriores, estadounidense.

Fue muy conocido el hecho de que el avión fabricado por la tercera empresa revestía mejores materiales y acabados de producción que los dos primeros. Sin embargo, el éxito comercial de estos dos fue enormemente superior al del tercero, pues los Boeing 707 y MD/DC-8 se produjeron por centenares en las últimas tres décadas (ya se dejaron de fabricar hace algunos años). A pesar de ser un avión de "mayores calidades" no resultó el Convair 990 uno de mayor éxito comercial ni de más aceptación entre las empresas de aviación comercial. Esto llevó a que los equipos de sus dos competidores fueran altamente cotizados, mientras que de dicha aeronave sólo se fabricaron algunas decenas de unidades, que años más tarde terminaron casi en su integridad al servicio de una compañía de **charter** española, mientras sus dos competidores seguían y siguen surcando los cielos del mundo entero.

Hoy en día, y desde hace ya muchos años, un avión DC-8 o un 707 vale muchísimo más que un Convair 990, a pesar de que nadie discute las calidades de este último aparato. Sencillamente fracasó por tener menor capacidad de pasaje, por la calidad de algunos de sus componentes, que originaban mayores costos de mantenimiento y por el alto consumo de combustible.

Ahora bien, si hoy en día se celebrase una compraventa con la obligación de dar un bien incierto consistente en un **jet** cuatrimotor producido en los años sesenta, y tuviese que elegir la compañía deudora (supuesto sólo admisible con fines didácticos), ciñéndose a los criterios de calidad exclusivamente, es evidente que elegiría al avión Convair 990, por ser el más barato, pero aduciendo en defensa de su elección que se trata del aparato de la mejor calidad, lo que en estricto resulta indiscutible. Y si la elección estuviese a cargo del acreedor, sin duda elegiría cualquiera de los otros dos (que resultan ser los más costosos), pero ampararía su elección en el argumento de que constituyen aviones de la calidad media de dicho conjunto de tres.

Nuestro ejemplo, históricamente cierto, refleja claramente los peligros que implicaría adoptar criterios estrictos respecto de la calidad de un producto, sin tener en consideración su valor comercial (precio), tal y como podría resultar, del primero de nuestros ejemplos, un caso injusto el hecho de que el deudor elija un libro muy bien encuadernado y de papel de muy buena calidad, pero de un contenido a todas luces deficiente.

Para el caso de la calidad de los bienes sería de aplicación aquel anónimo refrán que reza: "No todo lo que brilla es oro".

Sin embargo, antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 1143, debemos decir que será fácil su aplicación 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 me obligo a entregar un caballo de carrera, sería imposible determinar la calidad media de todos los que corren en el mundo; pero sería sencillo, en cambio, determinar la calidad media de todos 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 que cuando se trata de 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.

2.1. **Carácter de la función del tercero encargado de la determinación del bien.**

Antes de emitir nuestra propia opinión sobre la naturaleza jurídica del tercero encargado de la determinación del bien, consideramos necesario efectuar algunas apreciaciones acerca de las diversas tendencias de opinión sobre el particular, básicamente extraídas del estudio que la doctrina hace del tercero al cual las partes encargan la determinación del precio en un contrato de compraventa.

2.1.1. *Arbitro.*

En primer lugar analizaremos la posición que sostiene que se trata de un árbitro.

"Arbitro"⁴⁵ no tiene en nuestra Lengua Española, por sí solo, una connotación jurídica.

En el vocablo "juez"⁴⁶, encontramos en el término "juez arbitrador" la siguiente definición: "aquel en que las partes se comprometen para que por vía de equidad ajuste y transija sus diferencias. El designado por las partes litigantes, y que ha de ser letrado, pero no juez oficial para fallar el pleito conforme a derecho. Amigable componedor. Compromisario." En el vocablo "arbitrio"⁴⁷, sólo se hace referencia al arbitrio judicial, mas no al voluntario.

Por otra parte, debemos precisar que el contrato de arbitraje o compromiso arbitral básicamente está destinado a suplir al Poder Judicial.

La función supletoria del arbitraje debe revestir similar carácter que la del Poder Judicial, y a este último los particulares podrán recurrir cuando consideren tener una pretensión que exigir, amparada esta última por un derecho, mas no se podría recurrir a él (ni tampoco al procedimiento arbitral) si lo que se tiene no es la pretensión de un derecho, sino la voluntad de concluir el contenido de un acto jurídico.

Como dicen algunos autores franceses, los Tribunales no tienen como función ayudar a las partes a contratar. Para ello no han sido establecidos, ni tampoco con ese fin se ha instituido el compromiso arbitral. Los Tribunales y los

⁴⁵ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, Página 118.

⁴⁶ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo II, Página 801.

⁴⁷ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, Página 118.

árbitros tienen, entre otras funciones, el dirimir sobre las diferencias de las partes en cuanto a la ejecución de las obligaciones propias de los contratos ya celebrados por ellas, pero nunca podrán intervenir en la conclusión de los mismos.

Queremos dejar en claro que el tercero designado por las partes no puede ser considerado árbitro, ya que es función que no le corresponde.

2.1.2. *Perito.*

Respecto a la opinión que sostiene que el tercero debe ser considerado un perito, no podemos ser tan concluyentes como con la posición anterior, ya que el problema reviste diversos matices.

El tercero podrá desempeñar su función dependiendo de algunas consideraciones, como por ejemplo, la misión que le han encomendado las partes y sus conocimientos respecto del bien cuyo valor va a determinar; y esta misión podrá consistir en un mero arbitrio o en un arbitrio de equidad.

Así, el tercero podrá ser designado por las partes exclusivamente en razón de la confianza y credibilidad en su persona, por ejemplo, que un hermano venda a otro un libro de Derecho -entre varios libros de Derecho Civil-, y, al no ponerse de acuerdo sobre cuál de ellos constituirá el objeto de la venta, pero deseando concluir el contrato, se pongan de acuerdo para que la madre de ambos escoja el libro. Será evidente que los hijos habrán recurrido a la madre a fin de que a criterio suyo elija dicho libro, pero los hijos no habrán contratado en el entendido de que la madre hará una apreciación fundamentada en sus conocimientos respecto de los valores objetivos de textos similares al que es objeto de dicho contrato. Los hijos se habrán remitido a su mero arbitrio.

Distinto sería el supuesto en el cual los hijos remitiesen la elección del libro vendido a una persona que ocupase, en ese momento, el cargo de Jefe de Compras de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ya que esta persona tiene la capacidad y conocimientos suficientes para determinar el libro con carácter equitativo, debido a que, dada su versación en la materia, podrá calcular, de manera bastante aproximada, cuál de ellos es de la calidad promedio. Será evidente que los hermanos habrán querido remitirse a su arbitrio de equidad o arbitrio **boni viri**.

Retomando la posición que sostiene que la función del tercero es la de un perito, queremos señalar que no siempre se dará esta característica en el tercero. Sin embargo, sería susceptible de presentarse en caso de que las partes remitan su decisión al arbitrio de equidad, precisando que además dicho tercero deberá reunir los conocimientos suficientes como para ser considerado un experto en la materia.

Es necesario aclarar que nunca podrá ser considerado perito el tercero elegido por las partes tomando en consideración, exclusivamente, sus cualidades personales y no técnicas.

2.1.3. *Arbitrador.*

Esta posición es sostenida -aunque respecto del precio en el contrato de compraventa- por un sector minoritario, pero importante de la doctrina.

Los autores que la propugnan se basan, fundamentalmente, en una distinción hecha por Luis Diez Picazo. Esta sólo es recogida explícitamente en nuestro país por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, ya que los otros autores que mencionan el término arbitrador no fundamentan dicho criterio.

Por nuestra parte, consideramos que la distinción entre árbitro y arbitrador no puede ser hecha válidamente en cuanto a nuestro idioma se refiere. Sin embargo, creemos que la distinción efectuada por la doctrina reviste validez. En tal sentido, arbitrador será el tercero cuya decisión, sin formar parte de un procedimiento arbitral, venga a definir o complementar aquellos puntos sobre los cuales las partes contratantes todavía no se hayan puesto de acuerdo, mientras que árbitro sería la persona designada por las partes para que resuelva una controversia surgida entre ellas, derivada de la ejecución de sus obligaciones contractuales.

En tal sentido, el arbitrio a que se refiere la última parte del segundo párrafo del artículo 1143 del Código Civil Peruano, sería efectuado por arbitadores, los que podrían ser meros arbitadores o arbitadores de equidad (artículos 1407 y 1408 del Código Civil).

2.1.4. *Mandatario.*

Consideramos a esta posición como correcta, debido a que cuando las partes delegan en un tercero la función de elegir el bien a entregar, y este tercero acepta tal misión, estaremos en presencia, sin lugar a dudas, de un contrato de mandato, el cual es definido por el artículo 1790 del Código Civil, como aquel por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante.

En nuestro caso, no habría uno sino dos mandantes (ambos contratantes) y uno o más mandatarios (el o los terceros).

Consideramos que el supuesto bajo análisis reviste como característica fundamental el ser un mandato con representación, ya que la determinación del bien por parte del tercero surtirá efecto entre las partes, desde el momento en que se produzca la elección y su comunicación a éstas, y tendrá plenos efectos entre las mismas, tal como si ellas lo hubiesen elegido.

2.1.5. *Nuestra posición.*

Luego de analizar cada una de las posiciones que la doctrina ha establecido acerca de la naturaleza jurídica del tercero, queremos precisar ciertos conceptos.

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 precisar la función que cumple el tercero como mandatario de aquéllos.

En primer lugar, debe descartarse que se trate de un árbitro, por los fundamentos expuestos cuando analizamos tal posición doctrinaria.

En segundo término, y tal como ha sido señalado por nosotros, admitimos la posibilidad que se trate de un perito, en el supuesto que se le hubiese confiado una decisión equitativa y basada en criterios eminentemente técnicos (supuesto de arbitrio **boni viri**).

Por último, hemos sostenido la posibilidad, efectuando una distinción entre los términos árbitro y arbitrador, que se trate de este último.

En conclusión, opinamos que tres de las cuatro posiciones doctrinarias revisten certidumbre, pero que ninguna de ellas, por sí sola, puede esclarecer por completo el problema que afrontamos.

Nos explicamos:

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),

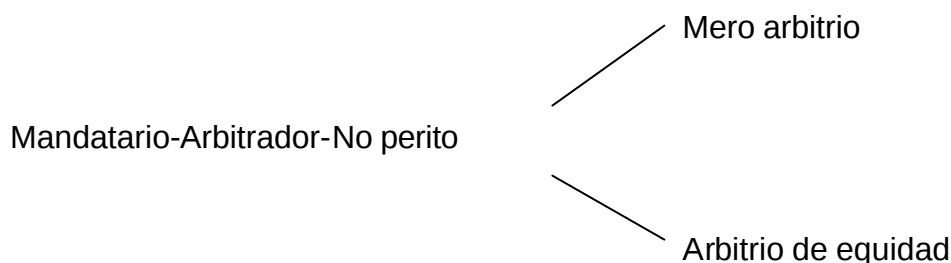
supuesto en el cual la función de dicho mandatario-arbitrador, será también la de un perito.

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, necesariamente, 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.

Gráficamente podríamos ilustrar nuestra posición de la siguiente manera:

(a) Primera posibilidad:



(b) Segunda posibilidad:

Mandatario-Arbitrador-Perito-Arbitrio de equidad

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

3. **Plazo para la elección.**

El artículo 1144 del Código Civil Peruano de 1984 regula lo relativo al plazo para la elección del bien.

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 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 efectuarla a su contraparte, vale decir, al

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 sumamente 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 establece que la haga el juez. Esta norma nos parece inadecuada, al estar formulada en términos tan amplios, por las consideraciones esgrimidas en torno al segundo párrafo del artículo 1143 del Código Civil. El juez -sobre todo en nuestro medio- 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 Revisora) 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.

4. *Características de la elección.*

4.1. *Manera como se efectúa la elección.*

De acuerdo a los tratadistas argentinos Alterini, Ameal y López Cabana⁴⁸ existen diversas teorías en relación a la manera cómo se verifica la elección del bien que lo transforma de indeterminado en determinado. Así, los autores citados señalan que los criterios más difundidos al respecto son los siguientes:

4.1.1. *Teoría de la separación.*

Para quienes sustentan esta teoría, la elección queda perfeccionada con la separación de la cosa de las demás que integran el género, efectuada por quien -según Derecho- corresponda. Se objeta a esta teoría que dicha separación queda circumscripita al fuero interno del elector, sin ser de conocimiento de la otra parte.

4.1.2. *Teoría de la tradición.*

Según esta teoría, la elección se perfecciona con la entrega de la cosa al acreedor.

4.1.3. *Teoría de la declaración aceptada.*

Conforme al criterio de Salvat, que -según Alterini, Ameal y López Cabana- postula esta teoría, la elección se perfecciona cuando la declaración del elector es aceptada por la contraparte.

4.1.4. *Teoría de la declaración recepticia.*

Para esta teoría, la parte que tiene derecho a efectuar la elección la exterioriza mediante su declaración de voluntad, que debe llegar a conocimiento de la contraparte, momento en el cual queda perfeccionada la elección.

4.2. **Carácter irrevocable de la elección.**

Por nuestra parte, sobre la base del artículo 1145 del Código Civil Peruano, podemos afirmar que la elección efectuada por el acreedor o el deudor tiene carácter de irrevocable luego de ejecutada la prestación (teoría de la tradición). Dicha irrevocabilidad también se produce una vez que la elección es comunicada por la parte que debe efectuarla a su contraparte (teoría de la declaración recepticia). Cuando la practica un tercero o el juez, tendrá carácter de irrevocable una vez comunicada a ambas partes (teoría de la declaración recepticia).

Debemos señalar, sin embargo, que dicha irrevocabilidad no es sinónimo de inmutabilidad o inimpugnabilidad, tal como lo analizamos a continuación.

En principio, estamos en desacuerdo con aquella posición legislativa y doctrinaria que propicia que la decisión adoptada por el tercero sea inimpugnable o inconvencible, ya que si bien las partes se han remitido a la decisión del tercero

⁴⁸ ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 94.

para que éste realice la elección, dicha decisión no necesariamente estará ajustada a Derecho. Por tal razón, de no revestir tal característica, podrá ser impugnada por las partes contratantes o alguna de ellas.

Resulta evidente que la primera opción, sin ser la única (como la establece el Código Civil Mexicano de 1927 -artículo 2106-), es que ambas partes impugnen la decisión del tercero.

Sin embargo, éste no será el supuesto más frecuente, ya que si la decisión del tercero resulta desproporcionada, será evidente que favorecerá a uno de los contratantes y perjudicará al otro. Por tal razón, será el perjudicado quien usualmente impugne tal decisión.

Para analizar el tratamiento que otorga el Código Civil Peruano al respecto, debemos precisar si nos encontramos ante un supuesto de **arbitrium boni viri** o de **arbitrium merum**.

4.2.1. *Arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad.

El Código Civil Peruano establece en su artículo 1407 que si la determinación de la obligación (léase objeto de la prestación o prestación misma) que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo. Sin embargo, el Código Civil no señala las causales de impugnación de la decisión de este tercero, como sí lo hacen otros Códigos Civiles.

Por nuestra parte, pensamos que las causales de impugnación de la decisión de un tercero que deba actuar con arbitrio de equidad son:

- (a) En el orden de vicios o defectos de la voluntad, y aunándonos al criterio establecido por el Doctor Manuel de la Puente⁴⁹, la decisión del tercero será impugnable cuando se haya producido incurriendo en alguno de los vicios de la voluntad del acto jurídico, vale decir: error, dolo, violencia o intimidación.
- (b) En lo referente al ámbito del mandato recibido, la decisión del tercero será impugnable en lo que excediese a dicho mandato.
- (c) En lo que respecta a los vicios o defectos de contenido de la decisión, es decir, en lo que se refiere a la calidad del bien escogido, dicha decisión podrá ser impugnada cuando el bien no sea de la calidad media (cualquiera que sea esta desproporción), ya que al optar las partes contratantes por un arbitrio **boni viri**, buscan que la decisión del tercero

⁴⁹

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo III, Páginas 388 y 389. Biblioteca "Para leer el Código Civil". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Volumen XI, Lima, 1991.

contenga la determinación de un bien de tal calidad (argumento del artículo 1143, **in fine**, del Código Civil).

4.2.2. ***Arbitrium merum o mero arbitrio.***

Para impugnar la decisión de un tercero a quien se le confió tal encargo en el entendido del mero arbitrio, podrán darse las siguientes causales:

- (a) Cualquier vicio de la voluntad, tal como ha sido señalado por nosotros para el caso del **arbitrium boni viri**.
- (b) Al igual que para el **arbitrium boni viri**, en este caso la decisión del tercero será impugnabile si excediese las facultades conferidas por los mandantes en el poder.
- (c) En lo que respecta a la calidad del bien escogido por el tercero, la decisión de éste sólo podrá ser impugnada si el bien no fuese de la calidad media.

5. ***Pérdida del bien antes de la elección, sin culpa del deudor.***

Como es sabido, el artículo 1138 del Código Civil Peruano, trata sobre los diversos casos susceptibles de presentarse respecto de la pérdida del bien con culpa del deudor, con culpa del acreedor o sin culpa de las partes, y todo lo referente a la teoría del riesgo que sustenta el precepto.

Conforme a estas reglas, si el bien se perdiera por culpa del deudor (artículo 1138, inciso 1) su obligación se resuelve y éste perdería el derecho a la contraprestación, si la hubiese.

Y esta regla resulta natural, debido a que el bien es uno cierto o determinado, de modo tal que, al perderse, no resulta posible sustituirlo por ningún otro (argumento del artículo 1132).

Distinto es el caso de las obligaciones de dar bienes inciertos o determinables, en los que se deberá señalar, cuando menos, la especie y cantidad de los mismos (artículo 1142). En estos casos si se pierde un individuo de la especie, este hecho no tendrá ninguna significación, ya que quedará intacto el resto de dicha especie, dentro de la cual deberá efectuarse la elección del bien a entregar al acreedor. Si se produce la pérdida de uno de los bienes que constituyen la especie, ello no habrá agotado a esta última, razón por la cual, simplemente el deudor asume la pérdida de dicho ejemplar y continúa obligado a escoger uno dentro de los restantes (si la elección le corresponde a este último).

Como enseña Larenz⁵⁰: "Cuando es debida una prestación que tenga por objeto una cosa, ésta puede estar individualmente determinada -por ejemplo, esta

⁵⁰

LARENZ, Karl. Op. cit., Tomo I, Páginas 161 y 162.

butaca, este vestido, este inmueble- o sólo de una forma general, es decir, según las notas de su género o especie, o en atención a su número, cantidad o peso: así, el comprador pide un ejemplar de la 'edición sin notas' del BGB, diez huevos, dos quintales de briquetas, un metro cúbico de leña. En el primer caso, hablamos de deuda de especie o de cosa determinada: sólo se debe una cosa cierta y ninguna otra; si aquélla se destruye antes del cumplimiento, sin culpa del deudor, éste no está obligado a entregar ninguna otra, sino que queda liberado de su deber de prestación (...), que se ha hecho imposible. En el segundo caso, por el contrario, hablamos de deuda genérica. El deudor debe entregar no un determinado ejemplar de la edición sin notas (por ejemplo, aquel que está en el escaparate), sino cualquiera. Se ha obligado a enviarlo al comprador, y si antes de ello el ejemplar que quería entregar se destruye por un incendio en su almacén, y no le queda otro en éste, ha de proporcionárselo para cumplir su deber de entrega. Y ello porque al no deber un ejemplar concreto, ahora incendiado, sino cualquier ejemplar, la prestación no se ha hecho imposible mientras exista en el comercio algún ejemplar del libro. Cuando el supuesto es el descrito, el deudor no puede invocar la imposibilidad de cumplir la prestación (...), sino que ha de proporcionarse los objetos o cantidades que le sean exigibles. La deuda genérica (ordinaria) es por ello al mismo tiempo una 'deuda de proporción o procuración de cosa' ('**Beschaffungsschuld**')."

En términos de Alfredo Barros Errázuriz⁵¹:

"En las obligaciones de género, esto es, en aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado, no tiene aplicación este modo de extinguir, porque el género y la cantidad no perecen: **Genera non pereunt**. Aunque perezcan muchos individuos de la especie, siempre podrá el deudor proporcionarse otros para cumplir su obligación. Así, si Pedro me debe cincuenta fanegas de trigo, deberá entregarme esa cantidad de trigo, aunque le roben o se destruyan las fanegas que tenía destinadas para pagarme, porque su obligación no era darme esas fanegas determinadas, sino en general, cincuenta fanegas de trigo. Tendría que agotarse una especie entera para que llegase el caso de alegar imposibilidad por parte del deudor."

Expresa Héctor Lafaille⁵² que este precepto se basa en la regla según la cual el género no perece nunca; de suerte que el deudor no puede invocar la imposibilidad, ya que siempre se podrán conseguir objetos que satisfagan la prestación. O como dice Luis de Gásperi⁵³: "No recayendo la deuda de dar cosas inciertas no fungibles sobre ninguna cosa considerada en particular, y pudiendo el deudor entregar un objeto cualquiera de la clase media perteneciente al género, obvio es que, pereciendo ésta por caso fortuito o fuerza mayor antes de la

⁵¹ BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Volumen II, Página 275. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921.

⁵² LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 463.

⁵³ DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 213.

individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito."

No obstante lo señalado, Luis de Gásperi⁵⁴ recuerda que Von Thur admite, y sólo por excepción, que un género pueda desaparecer en toda su integridad, como por ejemplo, cuando deja de fabricarse una determinada mercadería. "En casos como éstos, agrega, el deudor genérico puede eximirse por imposibilidad de la prestación". De Gásperi añade que lo mismo acontecería si una cosa genérica fuese puesta fuera del comercio, caso en el cual el acto sería nulo por tener por objeto una prestación legalmente imposible; mas, la inexistencia de la obligación supone la imposibilidad legal, y si el vendedor se hubiese obligado a la entrega de las cosas genéricas puestas fuera del comercio, deberá indemnizar el daño que causare a la otra parte.

Distinto es el caso contemplado por el segundo párrafo del artículo 1246 del Código Civil Peruano, según el cual dicha regla no resulta de aplicación cuando la elección deba efectuarse entre determinados bienes de la misma especie y todos ellos se pierden sin culpa del deudor. La citada norma trata sobre las denominadas obligaciones "**unum de certis**" o "**incertum ex certis**". Este es el caso en el cual lo que se pierde no es uno o algunos de los elementos constitutivos de la especie, sino la especie en general, vale decir, toda la especie. Será evidente que si se agota toda la especie, no quedará ámbito dentro del cual efectuar elección alguna. No queda ningún bien y, por lo tanto, no habrá bien que escoger y mucho menos bien que entregar. En palabras de Héctor Lafaille⁵⁵ en este caso "Ya no se trata en efecto, de elegir entre todas las que ofrecen ciertos caracteres, y sí de hacerlo entre un grupo de objetos perfectamente especificados. El legado en que se deja como recuerdo un cuadro de la galería o un libro de la biblioteca, etc.; la venta de cualquier caballo de un 'haras'; de cien novillos existentes en la estancia X, etc., pertenecen a esta categoría, de continua aplicación. Es la "**obligatio unum de certis**". En relación a esta clase de obligaciones de género limitado, Luis de Gásperi⁵⁶ recuerda un ejemplo asumido por Enneccerus del pandectista Kisch, que plantea que "El que me debe una botella de vino de esta cuba -dice este pandectista- no me debe algo concreto (¿qué botella sería ésta?), sino una cantidad de líquido aún por determinar, que ha de tomarse de esa cuba. El vino que se encuentra en la cuba constituye el género determinado por las partes y del cual se ha de extraer el vino que debe entregarse". Así, continúa De Gásperi, "si por caso fortuito se destruye la cuba, el deudor quedará liberado de su obligación, porque se ha extinguido la cantidad limitada de la cual había de salir la prestación." Para Busso⁵⁷ la obligación de género no debe confundirse con la llamada **incertum ex certis**, ya que en la primera, la cosa debida ha de tomarse entre un número ilimitado de cosas;

⁵⁴ DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 215.

⁵⁵ LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 140.

⁵⁶ DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 215 y 216.

⁵⁷ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 178.

mientras que en la segunda, la cosa debida es incierta, pero esa incertidumbre es relativa y es limitada, pues en definitiva la cosa ha de tomarse "entre un número de cosas ciertas de la misma especie", como sería el caso de un caballo de mi estancia.

Agrega De Gásperi, en su obra citada, que esta limitación es fundamental para el régimen de los riesgos, pues en ella no se aplica la máxima **genus nunquam perit** y en consecuencia el deudor puede liberarse por caso fortuito. De Gásperi añade que desde el momento en que por caso fortuito se extingue la cantidad limitada, de la cual debía salir la prestación, o cuando por otras razones es imposible al deudor sacar de ahí las cosas para la prestación, se presenta un caso de imposibilidad que tiene la virtud de liberar al deudor de su obligación. No obstante lo señalado, De Gásperi sostiene que la obligación **incertum ex certis** no es genérica, porque lo genérico debe ser una categoría ideal con aptitud para comprender ilimitado número de casos particulares.

Como venimos sosteniendo, no estamos de acuerdo con este último principio enunciado por De Gásperi, ya que es éste, precisamente, uno de los supuestos de las obligaciones genéricas o de dar bienes inciertos, no debiendo confundirse la incertidumbre dentro de un género limitado, con la certidumbre, ya que por más limitado que sea el género, el bien no revestirá el carácter de cierto, sino desde el momento en que se efectúe la elección del mismo, según los mecanismos establecidos por los artículos 1143 a 1145 del Código Civil Peruano. De ahí que De Gásperi, en opinión nuestra, no acierta cuando sostiene, fundándose en el sentido filosófico-jurídico de la expresión "género", que éste supone siempre ilimitado número de posibilidades entre las cuales el deudor deberá actuar, razón por la cual la indeterminación de la prestación debida es también ilimitada, y por eso rige la máxima **genus nunquam perit**; y añade que si la obligación designa un número determinado de posibles objetos, por muy grande que sea ese número, siempre hay una limitación con el concepto de "genus".

Es del caso señalar que algunos autores, como Alterini, Ameal y López Cabana⁵⁸, sostienen respecto de la naturaleza jurídica de las obligaciones de género limitado, que deben ser consideradas como obligaciones alternativas y no de género, por estimar que el género es un abstracto que no admite límites particulares; siendo por ello que el deudor, en las obligaciones de género, no se libera por caso fortuito, pues siempre puede cumplir la deuda contraída entregando un individuo de la especie pactada. Así, en cambio -sostienen los mencionados tratadistas argentinos-, en las obligaciones alternativas, en las que se cancela la deuda entregando una de las prestaciones debidas, si perecen todas ellas por caso fortuito, el obligado se libera. Agregan dichos autores, por último, que si se analiza prácticamente el tema que nos ocupa, no se encuentra ninguna diferencia entre decir que D le deba a A uno de los cuatro automóviles que se encuentran en su garaje; o que D le debe a A el Chevrolet o el Ford o el

⁵⁸ ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 165 y 166.

Fiat o el Dodge que se encuentran en su garaje, lo que -según ellos- evidentemente conforma una obligación alternativa.

Por nuestra parte, no compartimos el criterio de los juristas citados, pues si bien admitimos que mucho dependerá de la manera cómo se contraiga la obligación, en un caso estaremos ante una obligación de dar bienes inciertos dentro de un género limitado, en tanto que en el segundo, estaremos frente a una de carácter alternativo. Creemos que el problema no está en determinar si el género es más o menos limitado o si nos encontramos en presencia de un género ilimitado -supuesto si bien teóricamente asumido como factible, es imposible en el campo estadístico o matemático-, sino que él se encuentra en la manera cómo se obliguen las partes. Podríamos estar frente a una obligación de dar un bien perteneciente a un género en extremo limitado; o también frente a una obligación cuyas prestaciones alternativas sean numéricamente considerables. Sin embargo, la naturaleza jurídica de las obligaciones (de ser de género limitado o alternativas) no estará dada -de manera alguna- por el aspecto cuantitativo ni por la posibilidad de perecimiento del género o de las prestaciones alternativas. Lo importante será el modo o manera en que se ha contraído la obligación. Las restantes consideraciones sobran. Podemos, pues, estar frente a obligaciones de diferente naturaleza, pero semejantes en sus efectos; pero esta situación no nos sitúa frente a obligaciones del mismo carácter. La distinción puede ser sutil en algunos casos, pero no olvidemos que estamos ante las obligaciones, sin lugar a dudas el área más sutil e intrincada del Derecho.

Respecto del género limitado encontramos también la opinión del tratadista argentino Alfredo Colmo⁵⁹, quien señala la posibilidad de una limitación tácita sobre el género, en cuya virtud el total perecimiento del mismo puede implicar la disolución de la obligación; precisando qué pasaría si, por ejemplo, se perdiera todo el azúcar de mi ingenio o todo el vino de mi bodega, cuando pruebo que no he entendido prometer otro azúcar o vino; y, en campo más extenso, si el gobierno requisara todo el azúcar o el vino del país, para desobligarme con relación a un comprador extranjero, si demuestro que mi obligación sólo podía referirse a vino o azúcar nacionales.

Por su parte, es del mismo parecer Luis María Boffi Boggero⁶⁰, quien señala que dentro del concepto de obligaciones de género hay una especie que establece la generalidad dentro de un límite; no es lo mismo decir que vamos a vender un vacuno, que indicar la venta sobre un vacuno de vuestra estancia; ya que en el primer caso es prácticamente imposible que puedan perecer todos los vacunos, mientras que en el segundo es perfectamente posible que se pierdan todos los ejemplares indicados, como sería el caso de una peste, por citar un ejemplo.

⁵⁹ COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General, Página 276. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.

⁶⁰ BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Página 347.

Debemos precisar que podría presentarse el problema de saber si estamos frente a una obligación de género o especie ilimitada -aquella regulada por el primer párrafo del artículo 1146 del Código Civil Peruano- o si estamos frente a una de género o especie limitada -aquella regulada por el segundo párrafo del numeral 1146-. En tal sentido, resulta valiosa la opinión de Jorge Joaquín Llambías⁶¹ cuando señala que la cuestión de saber si una obligación es de género o de género limitado, depende de la apreciación de las circunstancias de hecho de cada caso, las cuales caen bajo la prudente discreción judicial. Así las cosas, según Llambías, cuando desde la constitución de la obligación aparezcan individualizados los objetos entre los cuales deba hacerse la elección, ella será de género limitado. En cambio, si en el origen de la obligación no media esa individualización, la obligación será de género.

Agrega Llambías que podría darse el caso que, aun tratándose de obligaciones aparentemente de género, sin embargo, pudiese demostrar el deudor que de hecho no ha habido objetos individuales para solventar la deuda, por perecimiento de todos ellos después de la constitución de la obligación; recuerda el ejemplo de Colmo, referente al compromiso de un deudor argentino de enviar 5,000 caballos a un acreedor francés o japonés, que quedaría disuelto si el Gobierno Argentino, en atención a un estado de guerra, requisase todos los caballos del país, poniéndolos así fuera del comercio, "pues era tácita la estipulación de que los caballos prometidos debían proceder del país."

Y concluye Llambías señalando que, en suma, si se logra demostrar en los hechos la imposibilidad de pago, esto no destruye el principio para este tipo de obligaciones, sino revela que la considerada obligación de género era, en verdad, de género limitado, pues de otro modo no habrían podido agotarse los individuos del género respectivo, "porque en el sentido filosófico-jurídico de la expresión género, ella supone un ilimitado número de posibilidades entre las cuales el deudor deberá actuar"; agrega Llambías que, naturalmente, tal obligación, producida esa demostración, debe ser tratada de acuerdo con su efectiva naturaleza, esto es, como obligación de género limitado.

Por nuestra parte, expresamos que debe tenerse en cuenta que bastaría la subsistencia de uno de los bienes constitutivos de la especie para que el deudor pueda cumplir con su prestación, la que en este caso tendría por objeto al bien que subsistió.

No obstante lo señalado, debemos precisar que dudamos, por citar un ejemplo, que si la especie fuera una biblioteca incendiada y quedara intacto únicamente el libro más costoso o el menos costoso, el deudor estuviera obligado a entregarlo, pues en este caso no estaríamos ante la denominada por la doctrina "concentración anormal de la prestación" (relativa a las obligaciones de prestaciones alternativas), sino ante obligaciones de dar bienes inciertos (determinables). Además, como resulta obvio, en este supuesto resultaría imposible aplicar el criterio de la calidad media. No obstante ello, dentro del marco

⁶¹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 147.

del ordenamiento jurídico nacional, la respuesta a la interrogante planteada debería ser afirmativa.

Es preciso manifestar, en adición, que en cuanto fueren compatibles con su naturaleza, las reglas del artículo 1146 del Código Civil Peruano serán también de aplicación a las obligaciones de dar bienes fungibles.

6. ***Aplicación de las normas sobre bienes ciertos a los bienes inciertos, después de realizada la elección.***

La distinción entre el tratamiento de las obligaciones de dar bienes ciertos (artículos 1132 a 1141 del Código Civil Peruano) y aquellas de dar bienes inciertos (artículos 1142 a 1146 del mismo Código) responde a la naturaleza de ambas instituciones, la que difiere pues en el primer caso el bien objeto de la prestación de dar se halla perfectamente individualizado, mientras que en el segundo se encuentra indeterminado, pero resulta determinable, lo que equivale a decir que al momento de la celebración del contrato se desconoce cuál de los elementos constitutivos de la especie pasará en el futuro (luego de efectuada la elección) a constituir el objeto de la prestación de dar.

Pero una vez efectuada la elección, vale decir, una vez conocido y determinado con precisión el bien, éste habrá dejado de tener la condición de determinable (o incierto) para haber adoptado la de determinado (cierto), razón por la cual, desde el momento en que se haya efectuado dicha determinación (es decir, desde el momento en que ha cambiado de condición) le deberán ser aplicables distintas reglas. Simplemente le resultarán inaplicables, por su actual condición, las normas sobre obligaciones de dar bienes inciertos y pasarán a ser de aplicación aquellas de dar bienes ciertos. Para llegar a este criterio, en estricta técnica jurídica, no habría resultado necesaria la precisión efectuada en el artículo 1147. Sin embargo, consideramos que dicha norma resulta conveniente, pues las razones antes esgrimidas por nosotros no tienen por qué ser conocidas por la generalidad de personas que utilizan el Código como instrumento de trabajo o estudio. Como señalan los tratadistas españoles Luis Diez Picazo y Antonio Gullón⁶², la obligación genérica necesita concretarse o especificarse, es decir, convertirse en una obligación específica. Así -agregan- el deudor ha de entregar la cosa debida, y para ello es preciso su concreción dentro del género a que pertenece. De este modo, señalan los mencionados autores, la transformación de la obligación genérica en específica tiene importantes consecuencias jurídicas, siendo la principal la desaparición del juego de la regla **genus nunquam perit**, y su sustitución por los artículos 1182 y 1183 (del Código Civil Español -que en el Peruano serían los numerales 1132 a 1141-), o sea la extinción de la obligación del deudor por perecimiento, destrucción o imposibilidad legal de la entrega de la cosa determinada sin su culpa. Tal vez podría decirse con Llambías⁶³ que, una

⁶² DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen II, Página 208.

⁶³ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 149 y 150.

vez practicada la elección de la cosa a pagar, la obligación "cambia de naturaleza", pues su objeto ya no es un género, sino una cosa determinada, que se rige por las prescripciones relativas a esta clase de cosas. Por tanto -añade el citado autor- producida esa elección, sin distinguir quién la haya hecho, la obligación se transforma, pasando a ser una obligación de cosa cierta, y queda regida por las disposiciones relativas a esta última clase de obligaciones. Llambías llega a decir que "se da así uno de esos contados casos de novación legal: una obligación queda transformada en otra, de naturaleza distinta, por imperio de la ley que atribuye, a la elección de la cosa a pagar, ese significado." Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con este último extremo de lo señalado por el citado profesor argentino, ya que se trata no de la novación legal de la obligación genérica en una de dar bien cierto, sino que únicamente a partir del momento de la elección, la obligación genérica se regirá por las reglas establecidas sobre las obligaciones de dar bienes ciertos (argumento del artículo 1147 del Código Civil Peruano). Así, no es que la obligación haya cambiado de naturaleza, pues la naturaleza de las obligaciones la determina su origen; sino que dado el desarrollo del proceso de ejecución de la obligación, éste impide que la obligación genérica se siga rigiendo por sus reglas propias, y se deberá regular en adelante por las normas de las obligaciones de dar bienes ciertos; pero obsérvese que esto ocurrirá, fundamentalmente, para efectos de la aplicación de la teoría del riesgo.

Resulta evidente, aunque consideramos necesario efectuar la precisión, que la norma del artículo 1147, que aplica a los bienes que fueron indeterminados los artículos 1132 a 1141, lo hace sólo hasta que se produzca la entrega del bien, vale decir, dentro de los límites previstos por estos preceptos. Coincidimos en este parecer con el Doctor José León Barandiarán⁶⁴.

Podemos concluir con Eugenio Gadea Reidner⁶⁵ en que tratándose de imposibilidad subsiguiente, la única solución que puede dar el Derecho es la de resolver la obligación. Así, diremos que en el caso de las obligaciones con prestaciones de dar, existen tres supuestos diferentes: si el bien pertenece a un "**genus illimitatum**" (como su nombre lo indica, género ilimitado o bien incierto), no hay nunca la imposibilidad de cumplir la prestación, ya que siempre podrá el deudor sustituir el bien por otro de iguales características. Esta regla es recogida por nuestro Código Civil en su artículo 1146, primer párrafo. Si el bien es determinado (cierto), sí hay imposibilidad de la prestación al perecer éste, ya que el deudor no podrá sustituirlo por otro, puesto que no sería aquel al que las partes se han referido y el acreedor ha tenido a la vista. Y si el bien es de un "**genus limitatum**" (también llamado "**unum de certis**" o "**incertum ex certis**"), es decir, que es uno cualquiera de un grupo de bienes, no existirá imposibilidad hasta que todo el **genus** se haga imposible. Es éste el principio del artículo 1146, segundo párrafo.

⁶⁴ LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 43 y 44.

⁶⁵ GADEA REIDNER, Eugenio. Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo. En: Thémis, Revista de Derecho, editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 5, Página 70. Lima, 1986.

Gadea precisa, además, que de las reglas mencionadas existe una general, la ley, pudiéndose, por mandato legal, excluir del comercio algún bien, o limitar su tráfico, etc., circunstancias en las cuales la prestación de dicho bien será imposible.

Lima, abril del 2000.